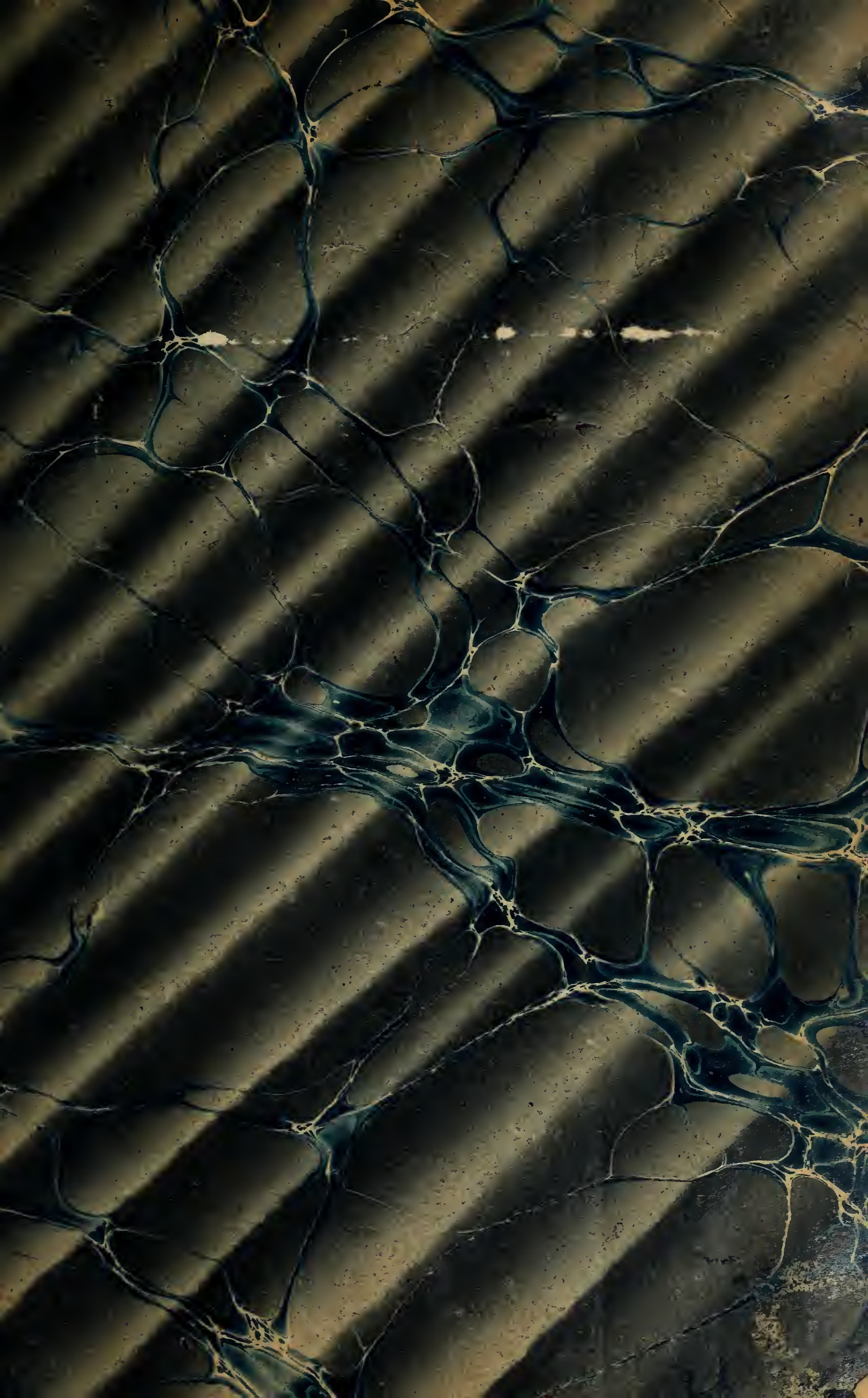




LA BIBLIOTHÈQUE

DU

CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUEBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA)

OU RECUEIL

COMPRENANT ENTRE AUTRES MATIÈRES:

1. Le texte du Code en Français et en Anglais.
2. Les rapports officiels de MM. les Commissaires chargés de la codification.
3. La citation au long des autorités auxquelles réfèrent ces Messieurs, à l'appui des diverses parties du Code Civil, ainsi que d'un grand nombre d'autres autorités.
4. Des tables de concordance entre le Code Civil du Bas-Canada et ceux de la France et de la Louisiane.

PAR

CHS. C. de LORIMIER, C. R., L. L. D.

Professeur à l'Université Laval à Montréal.



VOL. XVIII

MONTRÉAL:

CADIEUX & DEROME

LIBRAIRES-EDITEURS

1889

LA

BIBLIOTHEQUE DU CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA.)

CODE CIVIL DU BAS-CANADA

CIVIL CODE OF LOWER CANADA.

[ARTICLE 2079.]

2079. Le détenteur ne délaisse que l'occupation et la détention de l'immeuble, il en conserve la propriété jusqu'à l'adjudication, et il peut en tout temps jusqu'à cette adjudication, faire cesser l'effet du jugement hypothécaire et du délaissement, en payant ou consignant le montant entier de la créance du poursuivant et tous les dépens.

2079. The holder surrenders only the occupation and possession of the immoveable, he retains the ownership until the adjudication, and he may at any time before such adjudication, stop the effect of the hypothecary judgment and of the surrender, by paying and depositing the full amount of the plaintiff's claim and all costs.

* *C. N.* 2173. } Il peut l'être même après que le tiers détenteur a reconnu l'obligation ou subi condamnation en cette qualité seulement ; le délaissement

n'empêche pas que, jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur ne puisse reprendre l'immeuble en payant toute la dette et les frais.

Voy. *Pothier, Hyp.*, n° 119, cité sur art. 2075.

---

* 11 *Pont, Hypot.*, *n*° 1136. } Le délaissement n'enlève pas au tiers détenteur la propriété de l'immeuble qu'il délaisse. C'était déjà le principe de l'ancienne jurisprudence. " Pour ce qui est de l'effet principal, à savoir de l'aliénation qui peut résulter du délaissement, dit Loyseau, il faut prendre garde que celui qui délaisse l'héritage pour les hypothèques ne quitte pas absolument la propriété, mais seulement il en quitte la simple détention et occupation." (1) C'est l'un des points par lesquels le délaissement se distinguait du déguerpissement, qui, ayant pour objet de se dégager de la rente ou de la redevance foncière assise sur le fonds, consistait dans l'abandon de la propriété. Notre Code consacre virtuellement le même principe, dans l'art. 2173 (voy. *infrà*, n. 1195 et suiv.), d'après lequel le délaissement n'empêche pas que, jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur ne puisse reprendre l'immeuble, en payant toute la dette et les frais. C'est là, en effet, une conséquence de l'idée que, nonobstant le délaissement et jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur ne cesse pas d'être propriétaire. Le tiers détenteur qui délaisse ne quitte donc que *la simple détention et occupation.*

Lahaie, sur art. 2173 *C. N.* } *Rolland de Villargues*, v. délaissement, n° 14.—Il en serait autrement si le tiers détenteur s'était obligé personnellement, en passant titre nouvel, ou s'il avait été condamné personnellement à payer le créancier hypothécaire. Mais l'on ne doit pas présumer

(1) Voy. Loyseau (*Du Déguerpiss.* liv. 6, chap. 3, n. 1).

facilement qu'il ait voulu s'engager à plus qu'il devait. (Loyseau, liv. 4, chap. 4, n° 15 et 16 ; Pothier, de l'hypothèque, chap. 2, n° 3 ; Persil, sur l'article.)

N. 72.—La révocation du délaissement met le tiers détenteur dans la même position où il était avant le délaissement. (Grenier, n° 330.)

N. 73.—Néanmoins, il est évident que le tiers détenteur devrait indemniser les parties intéressées des frais auxquels sa variation pourrait donner lieu, s'il prenait l'immeuble avant l'adjudication. (Grenier, n° 330.)

Battur, Traité des hypothèques, n° 485.—Celui qui a fait le délaissement par hypothèque est, selon l'expression de Loiseau, *toujours sur ses pieds* jusqu'à l'adjudication, puisque le détenteur n'a pas cessé d'être le propriétaire de l'immeuble hypothéqué jusqu'à l'adjudication : il s'ensuit qu'il a pu valablement, jusqu'à cette époque, consentir des hypothèques, servitudes et autres charges foncières, et qu'en conséquence ses créanciers qui ont hypothéqué sur l'immeuble doivent être colloqués, en leur ordre, dans la distribution des deniers provenant de la vente forcée.

Grenier, Traité des hypothèques, n° 330.—Les termes de cet article doivent être entendus dans le même sens que ceux de l'art. 2168, où il est dit : *Tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter.*

Duranton, t. 20, n° 264.—Si l'immeuble venait à périr par cas fortuit, après le délaissement et avant l'adjudication définitive, nous pensons qu'il périrait pour le vendeur ; car le délaissement dessaisit l'acheteur, sauf *reprise :* c'est-à-dire que la propriété n'est conservée dans sa main que sous la condition de la reprise de l'immeuble. Cette reprise était simplement pour lui un droit, une faculté dont il ne peut ni ne veut user. Lorsqu'un droit dépend d'une condition et que la condition vient à manquer, c'est comme si le droit n'eût jamais existé. Pigeau, même opinion ; Delvincourt, contre.

(Voyez n° 261 et 262.)

[ARTICLE 2080.]

Merlin, R., v. délaissement par hypothèque, nº 4.—Tout jugement qui condamne hypothécairement un tiers détenteur, est censé lui réservé la faculté de délaisser, quoiqu'il ne l'exprime pas.

Merlin, R., v. tiers détenteur, nº 10.—Le tiers détenteur non obligé à la dette peut délaisser ou retenir. L'une et l'autre détermination produisent les mêmes effets relativement au créancier ; elles n'entraînent de différence que dans la forme de la procédure. S'il ne délaisse pas, la vente se poursuit sur lui ; s'il délaisse, la vente se poursuit sur la tête d'un curateur. Le délaissement, quoique effectué, ne devient irrévocable qu'après l'adjudication. Jusque là le tiers détenteur non obligé personnellement peut reprendre l'immeuble, en payant toute la dette et les frais.

Troplong, Commentaire des priviléges et hypothèques, nº 824.—Dans le doute, on doit toujours présumer que l'acquéreur n'a voulu s'obliger que comme tiers détenteur ; car l'obligation personnelle est une aggravation qui ne doit pas être facilement admise ; il faut qu'elle soit *prouvée*.

Si après l'adjudication de l'héritage délaissé il se trouve plus d'argent qu'il n'en faut pour payer toutes les dettes, le surplus appartient à celui qui a fait le délaissement, en déduction de son prix d'acquisition et de ses dommages et intérêts.

N. 826 *bis*.—Lorsque le tiers détenteur a déclaré vouloir reprendre la chose délaissée, en offrant de payer toute la dette et les frais, il devient débiteur *personnel* des créanciers.

2080. Le garant peut aussi, en payant la dette hypothécaire, ou en procurant l'extinction de l'hypothèque, faire cesser l'effet du délaissement, et

2080. Persons bound to warrant the property may likewise, upon paying the hypothecary debt or procuring the extinction of the hypothec, stop the

le faire déclarer, par requête ou demande au tribunal où il a été fait.	effect of the surrender and have it declared inoperative upon petition or application to the court in which such surrender was made.

---

* *Troplong, Hyp.*, *n°* 824 *et s.*, *sur art.* 2173 *C. N.* } 824. Le tiers détenteur peut même délaisser lorsqu'il a reconnu l'obligation, en qualité de tiers détenteur seulement, ou subi condamnation dans cette même qualité. Il suffit qu'il n'ait en lui rien de ce qui tient à l'obligation personnelle. Tant qu'il reste tiers détenteur pur et simple, la faculté de délaissement lui demeure toujours ouverte.

L'acquéreur reconnaît l'obligation en qualité de tiers détenteur, lorsqu'il reconnaît que sa propriété est hypothéquée à la dette. Cette reconnaissance ne porte alors que sur l'hypothèque : elle n'a pas trait à l'obligation personnelle (1).

(1) Loyseau, liv. IV, chap. IV, n. 11.

Add. Persil dit, *Rég. Hyp.*, article 2173, n. 1 : " Le délaissement peut être effectué par le tiers détenteur, encore qu'il ait passé titre nouvel ; mais il faut pour cela que ce titre n'ait été consenti par lui qu'en qualité de tiers détenteur."

On lit dans Duranton, n. 259 : " Mais comment suppose-t-on, dans l'article 2173, que le simple détenteur a pu subir une *condamnation* en cette qualité ? Cela ne paraît pas s'accorder avec l'arrêt de cassation du 27 avril 1812, arrêt qui décide formellement que, dans les principes du code, le créancier hypothécaire a seulement le droit de faire commandement au débiteur, sommation au tiers détenteur de payer la dette ou de délaisser l'héritage, et, trente jours après, faute de payement ou de délaissement, de faire vendre sur lui l'immeuble, conformément à l'article 2169. Il est évident qu'on n'a pu vouloir parler ici que d'un jugement rendu sur une demande en déclaration d'hypothèque, demande qui n'a pu avoir d'autre objet que d'obtenir du détenteur une reconnaissance, une déclaration du droit d'hypothèque, aux fins d'interrompre la prescription de l'action hypothécaire, mais qui a bien pu être formé dans ce but, car le code ne l'a point interdite, au contraire, puisqu'il décide (ar-

[ARTICLE 2080.]

Dans le doute, on doit toujours présumer que l'acquéreur n'a voulu s'obliger que comme tiers détenteur; car l'obliga-

ticle 2180) que le tiers détenteur prescrit contre l'hypothèque par le même temps qui lui serait necessaire pour acquérir la propriété à son profit, c'est-à-dire par dix ans entre présents et vingt ans entre absents, quand il a un titre transcrit, et que les inscriptions et leur renouvellement n'empêchent point la prescription de courir ; de plus (article 2167), il jouit des termes et délais accordés au débiteur, et, il faut bien, de toute nécessité, que le créancier ait le moyen de le forcer à reconnaître son droit d'hypothèque, pour empêcher que la prescription ne vienne l'atteindre, et ce moyen ne peut être autre qu'une demande en déclaration d'hypothèque. Mais ce n'est que sur une telle demande que le détenteur a pu *subir une condamnation* en cette qualité de détenteur; on n'a pas pu faire prononcer contre lui une *condamnation* à payer même de simples arrérages de rentes, ou intérêts de capitaux, à moins qu'il ne fût personnellement tenu de la dette; mais alors il ne pourrait plus faire le délaissement par hypothèque, tandis que notre article, au contraire, lui reconnaît le droit de le faire, nonobstant la condamnation qu'il aurait subie en cette seule qualité de détenteur."

Op. conf. de Proudhon, *Usuf.*, n. 2136, 2144.

"Ainsi, dit Carrier, n. 285, lorsque le détenteur est actionné en déclaration d'hypothèque et pour accorder un titre nouvel, il doit bien faire attention aux termes de la reconnaissance qu'il ne peut refuser, s'il se borne à reconnaître que l'immeuble par lui détenu est grevé de l'hypothèque de telle rente ou obligation; il n'en sera tenu qu'hypothécairement et sur cet immeuble seulement; il n'en deviendra pas pour cela débiteur personnel, et l'on n'aura aucun droit sur ses autres biens; il aura par conséquent toujours la faculté de s'affranchir de la dette en délaissant, et il en sera de même, si, au refus de passer la reconnaissance demandée, on obtient contre lui un jugement qui en tienne lieu. Mais si le titre nouvel par lui consenti porte qu'il s'oblige personnellement à servir et à continuer la rente jusqu'à son amortissement, ou qu'il s'oblige personnellement, et sur tous ses biens, à rembourser tel capital prêté, et à payer les intérêts jusqu'au remboursement, alors le tiers acquéreur ne pourra s'affranchir d'aucune de ses obligations en délaissant, car le délaissement n'éteint que l'action hypothécaire et non l'obligation personnelle; à moins qu'à la clause de servir la rente on n'ait ajouté quelques expressions restrictives qui indiquent que le tiers acquéreur n'a entendu toutefois s'obliger personnellement à cette prestation, qu'autant et aussi longtemps qu'il serait détenteur de l'héritage affecté."

tion personnelle est une aggravation qui ne doit pas être facilement admise ; il faut qu'elle soit prouvée (1).

824 2° (2). 824 3° (3).

(1) Delvincourt, t, III, p. 378, note 3.

Add. Où cet auteur cite : cassation, 8 juin 1819 (Sirey, XX, 1, 14).

(2) Quid *s'il a notifié son contrat aux créanciers inscrits et offert de payer le prix ?*—Il est, dans ce cas, non recevable à délaisser. Paris, 9 novembre 1833 (Dalloz, XXXIV, 2, 160; Sirey, XXXIV, 2, 191).

(3) Add. *Le tiers détenteur, quoique non personnellement obligé à la dette, ne peut faire le délaissement si le montant des charges hypothécaires ne surpasse pas le prix de vente encore dû et qui se trouverait alors exigible.*—Duranton dit, n. 252 : " Tout tiers détenteur, qui n'est point personnellement obligé à la dette, peut, d'après l'article 2172, faire le délaissement de l'immeuble par lui acquis. Mais cela doit toutefois être entendu avec un certain tempérament. En effet, en supposant même que l'acquéreur soit poursuivi par un ou plusieurs créanciers hypothécaires, dont les créances sont exigibles, et qu'il ne soit point personnellement obligé à la dette, si le montant des charges inscrites sur l'immeuble ne surpasse pas le prix de vente, que l'acquéreur doit encore, et qui est échu, on ne voit pas pourquoi celui-ci serait autorisé à faire le délaissement de l'immeuble : ce serait lui donner le moyen de résilier à volonté le contrat de vente, et d'invoquer, de plus, la disposition de l'article 2178, qui lui donne l'action en garantie pour le cas de délaissement comme pour celui de l'expropriation de l'immeuble, de sorte qu'à tout le moins il se ferait rembourser les frais et loyaux coûts du contrat ; et cela serait tout à fait contraire à la bonne foi qui doit régner dans les conventions. Qu'il paye les créanciers, cela le libérera et libérera aussi l'immeuble ; en sorte qu'il n'a aucun motif réel pour faire le délaissement : il n'en aurait qu'autant qu'il lui aurait été accordé, pour le payement de son prix, des termes qui ne seraient point encore échus ; alors, il est vrai, il serait en droit de dire qu'il ne veut pas payer aux créanciers avant le terme qui lui a été accordé, et cependant qu'il veut se soustraire à leurs poursuites. Mais nous raisonnons dans l'hypothèse où il doit encore son prix, soit en totalité, soit pour une somme plus que suffisante pour acquitter les charges hypothécaires, et que ce prix lui-même est devenu exigible, et nous répétons que, dans ce cas, le vendeur peut s'opposer au délaissement, qui évidemment n'aurait pas d'autre but que d'opérer la résiliation du contrat de vente. Peu importe que l'article 2177, dans sa seconde partie, suppose que le délaissement a pu avoir lieu dans des cas où le montant des charges hypothécaires ne surpassait

824 4° (1).

point celui du prix de la revente ou adjudication; cela est possible en effet, mais il n'y a rien à en conclure contre notre décision. La cour de Rouen, 12 juillet 1823, a compris la chose comme nous; elle a rejeté un délaissement fait dans un cas où le prix de vente, dû encore par l'acquéreur, suffisait amplement à payer toutes les charges hypothécaires. " Attendu que le montant des créances inscrites ne s'élève pas au delà " du prix stipulé dans le contrat de vente, qu'ainsi le tiers détenteur qui " n'a rien payé ne peut être admis au délaissement, puisqu'il aurait seul " par là la faculté de faire résilier un contrat synallagmatique, etc." (A l'arrêt cité par Duranton, joignez Paris, 2 mars 1833; cassation, 9 mai 1836).

(1) Add. *Il ne le peut non plus alors qu'il n'est pas poursuivi hypothécairement, quoique les dettes hypothécaires excèdent le montant du prix de la vente.*—Duranton ajoute, n. 253 : " Mais allons plus loin : supposons que le montant des charges hypothécaires dépasse le prix de vente : cette circonstance ne suffit point encore, suivant nous, pour que l'acquéreur puisse faire le délaissement tant qu'il n'est pas poursuivi hypothécairement, car le débiteur, peut-être, payera ses dettes, il en payera peut-être assez du moins pour que le prix, supposé non encore payé, suffise à éteindre le surplus, et l'acquéreur pourra facilement conserver sa possession. Il a d'ailleurs la faculté de purger, et s'il en use, et qu'il n'y ait pas de surenchère, en payant son prix aux créanciers utilement inscrits, les inscriptions qui ne viendront pas en ordre utile seront rayées, et tout sera fini. S'il y a surenchère, le résultat sera le même pour lui que s'il avait fait le délaissement. Et s'il ne veut pas user de la faculté de purger, il peut bien attendre d'être poursuivi : alors il fera le délaissement, si le montant des charges hypothécaires qui existeraient à cette époque surpassait ce qu'il devrait encore sur son prix; en sorte qu'il n'a réellement pas de motif de le faire actuellement, si ce n'est de vouloir résilier un contrat qu'il a librement consenti, et c'est un motif auquel les tribunaux ne doivent avoir aucun égard. Que peut-il dire, en effet : qu'il veut sortir d'inquiétude ? Mais il en peut sortir en employant la voie de la purge, et comme, aux termes de l'article 1653, le vendeur ne pourrait, tout en supposant le terme du prix de vente échu, le contraindre à payer sans lui fournir caution, il ne court réellement aucun danger. Suppose-t-on qu'il a été dit dans le contrat qu'il payerait son prix au vendeur, nonobstant l'existence des charges hypothécaires, cas dans lequel ce même article l'oblige effectivement à le payer, si le terme est échu ? Mais alors il ne fait que remplir son engagement en payant, et il n'en aura pas moins, quand il sera poursuivi hypothécaire-

[ARTICLE 2080.]

824 5° (1).

825. Notre article confirme de la manière la plus expresse

ment, le droit de délaisser. Peut-être, et c'est même probable, le vendeur emploiera-t-il le prix qu'il touchera à l'extinction des hypothèques. Ainsi, sous tous les rapports, le détenteur est mal fondé à vouloir faire le délaissement avant d'être poursuivi par les créanciers hypothécaires, quel que soit le montant des hypothèques. Le délaissement se lie à l'idée de poursuites hypothécaires, et nous raisonnons dans la supposition qu'il n'y en a pas encore d'exercé."

(1) Add. Quid *si l'immeuble a été saisi ?*—Persil, *Rég. hyp.*, article 2173, n. 2, traite ainsi la question: " Mais l'on demande, dit-il, si l'acquéreur qui n'a ni purgé ni payé les dettes auxquelles l'immeuble était hypothéqué, peut en faire le délaissement après la saisie faite sur lui?

" Pour l'affirmative, on pourrait dire que la loi ne limite précisément aucun temps pour faire le délaissement ; qu'il suffit qu'on ne soit pas personnellement obligé à la dette, pour qu'on puisse se soustraire aux poursuites des créanciers hypothécaires, en leur abandonnant l'immeuble hypothéqué ; que cela résulte particulièrement de l'article 2173, qui accorde cette faculté même après que le tiers détenteur a reconnu l'obligation ou subi condamnation en cette qualité : or le silence du tiers acquéreur, depuis le commandement jusqu'après la saisie, ne peut être considéré que comme une reconnaissance de la dette, incapable de mettre obstacle au délaissement.

" L'opinion contraire me semble cependant préférable ; elle résulte de la comparaison des articles 2169 et 2174. Le premier établit que, faute par le tiers acquéreur de payer ou de délaisser, chaque créancier hypothécaire aura droit *de faire vendre sur lui* l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au tiers détenteur. Or, ce droit serait illusoire, si même après ces trente jours, et lorsque la saisie a été déjà faite, le tiers pouvait encore délaisser; il ne serait plus vrai de dire qu'on pourrait faire vendre *sur lui*, puisqu'il pourrait toujours éviter les poursuites en faisant le délaissement.

" Les mêmes idées se puisent dans l'article 2174, qui veut qu'en cas de délaissement il soit créé à l'immeuble délaissé un curateur sur lequel la vente de l'immeuble doit être poursuivie. Or cet article suppose nécessairement que c'est avant les poursuites, avant la saisie de l'immeuble, que le délaissement a été fait ; car il ne peut pas dépendre du tiers acquéreur, qui depuis longtemps est en demeure de payer ou de délaisser, d'entraver la marche de l'expropriation, multiplier les frais, et paralyser pendant quelque temps l'action des créanciers. Ce tiers a pu,

ce que j'ai dit n. 785 et 786, que le délaissement n'est pas une aliénation, mais seulement une abdication de la possession, et que l'acquéreur reste propriétaire de la chose jusqu'à l'adjudication (1). C'est seulement par l'adjudication qu'il y a aliénation définitive, et que la chose cesse de lui appartenir.

De ce principe résultent plusieurs conséquences :

1° L'acquéreur peut, jusqu'à l'adjudication, reprendre sa chose, pourvu qu'il paye toute la dette et les frais (art. 2173).

2° Le délaissement n'opère pas mutation. La loi du 22 frimaire an VII, article 68, § 4, n. 1, ne l'assujettit, par suite, qu'à un droit fixe de cinq francs.

3° Si l'immeuble périt par cas fortuit avant l'adjudication, la perte retombe sur l'acquéreur : *Res perit domino*, et il n'aura pas de garantie contre son vendeur pour ce fait de force majeure imprévue (2).

pendant les trente jours qui ont précédé la saisie, prendre un parti ; et s'il ne l'a pas fait, il doit supporter toutes les suites de sa négligence.

" Ainsi nous ne voyons aucune raison plausible pour accorder au tiers acquéreur, qui s'est laissé prévenir par une saisie immobilière, le droit de faire encore le délaissement."

Op. conf. de Dalloz, ch. II, sect. VI, art. 2, § 2, n. 1, où il cite Delvincourt ; de Duranton, n. 262, où il cite Pigeau.

(1) Add. Op. conf. de Cotelle, n. 215 ; de Tarrible, t. II, n. 178 ; de Persil, *Rég. hyp.*, art. 2173, n. 3 ; de Grenier, n. 330 ; de Proudhon, *Usuf.*, n. 2168, 2220.

"Cet acte, dit Demante, n. 1095, n'attribue aux créanciers aucun droit nouveau, et laisse conséquemment subsister, sauf l'exercice de l'hypothèque, les droits antérieurs du délaissant."

" Il opère le même effet que la cession de biens," dit Carrier, n. 286, où il cite l'article 1269 du code civil.

(2) Delvincourt, t. III, p. 378, n. 5.

Add. Duranton, n. 264, est d'un avis contraire : " *Quid*, dit-il, si l'immeuble venait à périr par cas fortuit avant l'adjudication définitive, par exemple une maison qui est venue à brûler par accident : le vendeur serait-il garant envers l'acheteur ? Dans la formule qu'il trace du délaissement fait au greffe, Pigeau fait dire à ce dernier qu'il délaisse l'immeuble

aux risques, périls et fortune du vendeur. Ainsi, suivant cet auteur, le cas fortuit devrait être supporté par le vendeur, contre lequel, par conséquent, l'acheteur qui a fait le délaissement aurait son recours en garantie tel que de droit, comme dit l'article 2178.

" Au contraire, Delvincourt refuse en pareil cas à l'acheteur le recours en garantie contre son vendeur, et par conséquent met la perte à sa charge, parce que, dit-il, jusqu'à l'adjudication définitive, il était propriétaire de l'immeuble, si bien qu'il pouvait le reprendre en payant toute la dette et les frais, et qu'il est de principe que *res perit domino.* Il ne lui est point dû de garantie par le vendeur, attendu qu'on ne peut pas dire que c'est par l'effet de l'action hypothécaire qu'il a été privé de l'immeuble, puisqu'il n'en était point encore exproprié, mais bien par l'événement du cas fortuit.

" Nous ne saurions nous ranger à cette dernière opinion. Non, sans doute, le simple délaissement ne fait pas perdre à l'acheteur la propriété d'une manière absolue, puisque jusqu'à l'adjudication, il peut reprendre l'immeuble, en payant la dette et les frais, et qu'en le reprenant il ne paye pas au fisc un nouveau droit de mutation de propriété ; et c'est en ce sens que les auteurs qui ont écrit sur la matière disent communément que le délaissement ne *dessaisit* pas celui qui l'a fait, ne lui ôte pas la propriété de la chose. Mais nous soutenons, au contraire, que le délaissement, comme le nom l'indique, le dessaisit, sauf *reprise*, ou, ce qui revient au même, que la propriété n'est conservée dans sa main que sous cette condition, savoir, *la reprise de l'immeuble ;* or il ne le reprend pas, puisqu'il a péri, et c'était simplement pour lui, un droit, une faculté, dont il ne peut ni ne veut user. Cet immeuble n'étant plus sous sa garde, il n'avait plus à s'en occuper ; le droit qu'il conservait sur lui consistait dans la simple faculté de le reprendre, faculté qui ne doit pas être rétorquée contre lui et tourner à son détriment. La règle : *res perit domino* ne lui est point applicable, parce que, quoi qu'on dise, le délaissement est une abdication de la propriété, mais faite avec la faculté de pouvoir reprendre l'immeuble jusqu'à l'adjudication, et cette faculté, qui n'est rien autre chose qu'une condition, une condition potestative de sa part, il est vrai, n'étant pas exercée, c'est comme si l'adjudication avait été pure et simple ; car, lorsqu'un droit dépend d'une condition et que la condition vient à manquer, c'est comme si le droit n'eût jamais existé ; par conséquent, le droit de propriété réservé à l'acheteur qui a fait le délaissement, par la faculté qu'il avait de reprendre l'immeuble, est censé n'avoir pas été réservé, par l'effet de l'inaccomplissement de la condition sous laquelle le droit lui compétait, nous voulons dire par le défaut de reprise de l'immeuble, Tels sont, nous le croyons, les vrais principes. Il

4° Si, après l'adjudication de l'héritage délaissée, il se trouve plus d'argent qu'il n'en faut pour payer toutes les dettes, le surplus appartient à celui qui a fait le délaisse-

n'est pas vrai de dire, avec Delvincourt, que ce n'est pas par l'effet de l'action hypothécaire, puisqu'il n'était point encore exproprié, mais par l'effet du cas fortuit, que l'acheteur a été privé de la chose ; au contraire, il en a été privé par l'effet de l'action hypothécaire, ou, si l'on veut, par le délaissement qui en a été la suite directe et immédiate ; le cas fortuit est venu atteindre la chose quand elle n'était plus dans sa main, ni quant à la détention, ni quant à la garde, ni quant à la propriété, puisque le délaissement subsistait encore, et produisait encore ses effets, n'étant point anéanti par la reprise de l'immeuble. Si cet immeuble fût venu à se détériorer considérablement par des événements de force majeure, ces détériorations, assurément, n'auraient pas été à la charge de l'acheteur ; c'eût bien été le vendeur qui les eût supportées, en tant que la vente de l'immeuble n'aurait donné qu'un moindre prix pour payer ses créanciers, et que l'acheteur, en vertu de l'article 2178 combiné avec l'article 1631, se serait faire rendre néanmoins son prix en entier : on n'aurait pas appliqué la règle *res perit domino ;* or, pourquoi en serait-il autrement dans le cas de perte totale ? On n'en voit pas la raison : c'est tirer une conclusion fautive, une conséquence outrée du principe que le délaissement n'est pas une aliénation absolue, tant qu'il n'est pas suivi d'une adjudication définitive ; que ce n'est qu'une aliénation de la *possession*, comme dit l'auteur dont nous combattons le sentiment ; ce n'est même pas, à tout prendre, une aliénation de la *possession*, du moins absolument, puisque, ainsi que nous l'avons dit plus haut, le curateur est censé *posséder* pour celui qui a fait le délaissement, et celui-ci croit devoir reprendre l'immeuble avant l'adjudication. Il n'y a d'abandonné d'une manière absolue que la simple *détention* actuelle. En un mot, celui qui a fait le délaissement, et qui avait droit et qualité pour le faire, n'a plus à s'occuper de ce que deviendra l'immeuble, il n'a plus à le surveiller, et il n'intervient même pas dans la nomination du curateur ; ce dernier est nommé, comme le dit l'article 2173, sur la pétition du plus diligent des intéressés, et l'article 2178 attribue formellement et indistinctement l'action en garantie à l'acheteur qui a *délaissé*. Peu importe que les créanciers de celui-ci exercent leurs hypothèques sur l'immeuble délaissé, après tous ceux qui étaient inscrits sur les précédents propriétaires ; d'où l'on voudrait tirer la conclusion qu'il a été lui-même propriétaire de l'immeuble ; on ne le conteste pas, mais il n'en est pas moins vrai qu'il a cessé de l'être par le délaissement, s'il ne venait pas à reprendre

ment, en déduction du prix de son acquisition et de ses dommages et intérêts (1).

826. On a demandé si, le délaissement étant effectué par

l'immeuble, et il ne l'a pas repris. Et nous appliquons notre décision aussi bien au cas où l'immeuble serait venu à périr avant que le tribunal eût donné acte du désistement, qu'au cas où la perte serait survenue depuis cet acte ; sauf au vendeur à établir qu'il n'y avait pas lieu à faire le délaissement. Mais dès que le délaissement a été fait dans un cas où il était autorisé, l'acte qu'en donne ensuite le tribunal est simplement déclaratif du fait."

(1) Loyseau, lib. VI, chap. VII, n. 4. Colmar, 22 novembre 1831 (Dalloz, XXXII, 2, 35).

Add. Duranton, n. 263, dit en outre : " Le fait seul du délaissement au greffe n'est point, au surplus, une aliénation absolue et irrévocable, puisque, d'après l'art. 2173, le détenteur peut, jusqu'à l'adjudication, reprendre l'immeuble, à la charge de payer toute la dette et les frais. Ce n'est même pas une aliénation absolue de *la possession* de droit, car ce serait pour lui que le curateur nommé à l'immeuble délaissé serait censé avoir *possédé*, et que la prescription aurait couru, si l'immeuble était *in causâ usucapiendi*, et s'il croyait devoir le reprendre avant l'adjudication définitive. C'est un abandon de la simple *détention*. Ce n'est pas non plus une *résolution* absolue de son droit de propriété, dans le cas où il ne reprend pas l'immeuble ; ce n'est une résolution que par rapport aux créanciers hypothécaires, si bien que ses propres créanciers, après tous ceux qui étaient inscrits sur les précédents propriétaires, peuvent exercer leurs droits d'hypothèque sur le prix de l'immeuble délaissé ; ce qui n'aurait pas lieu, assurément, si la résolution de son droit de propriété était considéré comme absolue, car il n'aurait pu constituer utilement des hypothèques sur une chose qui serait censée ne lui avoir jamais appartenu.

" Nous disons *avant l'adjudication définitive*, bien que l'article 2173 disent simplement *jusqu'à l'adjudication ;* mais c'est qu'on n'a pas regardé l'adjudication *préparatoire* autrement que comme une formalité de la procédure en expropriation, un simple préliminaire. L'adjudicataire préparatoire ne pourrait pas lui-même s'opposer à la reprise de l'immeuble, attendu que cette adjudication ne renfermait à son profit qu'une simple offre de lui adjuger ensuite définitivement l'immeuble, mais avec cette double condition : si sa mise ne venait pas à être couverte lors de l'adjudication définitive, et si le détenteur ne reprenait pas l'immeuble avant cette même adjudication."

l'acquéreur, et les créanciers y renonçant, ce même acquéreur peut se dispenser de reprendre l'immeuble, et le laisser au vendeur, malgré la volonté de ce dernier.

Cette question s'est présentée devant la cour de Riom, qui, par arrêt du 17 avril 1820, rendu sous la présidence de Grenier, et sur les conclusions de Pagès, procureur général, a décidé que, lorsque le délaissement est fait, le vendeur ne peut forcer l'acquéreur à reprendre la chose, au cas où les créanciers renoncent à faire l'expropriation, et se désistent de leur demande en délaissement (1).

Dans l'espèce de cet arrêt, le vendeur s'était empressé de payer les créanciers qui avaient demandé le délaissement, et ceux-ci s'étaient désistés. Il y avait bien d'autres inscriptions au profit des créanciers qui n'avaient pas été parties dans les poursuites en délaissement. Mais le vendeur offrait caution à l'acquéreur qu'il ne serait pas inquiété ; seulement, il voulait que l'acquéreur reprît l'immeuble, et que par une voie indirecte, il ne parvînt pas à résilier le contrat. Mais l'acquéreur refusait d'y consentir ; et suivant quelques circonstances de la cause, on est autorisé à penser que sa résistance était dictée parce que l'immeuble avait perdu de sa valeur, et que la conservation ne lui en était pas avantageuse. Il disait que le délaissement avait tout consommé entre lui et son vendeur ; qu'une fois sorti de ses mains, il ne pouvait être forcé à reprendre un immeuble qui serait pour lui la source d'une longue involution de procédures.

Le système de l'acquéreur, proscrit par les premiers juges, fut accueilli pleinement par la cour royale. J'ai vainement cherché la citation de cette décision dans l'ouvrage de Grenier. J'espérais que cet auteur me donnerait la clef d'un arrêt si extraordinaire par les principes qu'il contient et les résultats qu'il amène. Grenier n'en parle pas.

Quoi qu'il en soit, cette décision ne peut être en droit d'aucune autorité. Qui ne voit, en effet, que, l'adjudication

(1) Sirey, XXIII, 2, 87 ; Dalloz, *Hyp.*, p. 348, n. 3.

n'ayant pas eu lieu, la propriété était toujours restée à l'acquéreur, qu'il n'en avait pas été privé un seul instant, et que c'était de sa part une absurdité de ne pas vouloir se ressaisir d'une chose qui n'était jamais sortie de son domaine ? A part toutes les circonstances de fraude, on voyait clairement qu'il voulait arriver à la résolution du contrat ; mais il n'osait pas la demander, et il est à remarquer qu'il n'y concluait pas. Plus confiant dans des moyens détournés et moins dignes par conséquent de fixer l'attention des juges, il soutenait que le délaissement l'avait dépouillé au regard du vendeur. Mais ce n'était là qu'un sophisme. Le délaissement ne rompt pas le fil qui unit la chose au propriétaire. Les droits restent toujours intacts ; et s'il n'y a pas d'adjudication, c'est comme si l'acquéreur n'eût jamais été recherché. Loyseau va même jusqu'à dire, et avec raison, que le débiteur originaire, qui paye les créanciers poursuivants, *fait casser et révoquer le délaissement*, et *contraindre* l'acquéreur de reprendre l'héritage (1).

826. 2° Lorsque le tiers détenteur a déclaré vouloir reprendre la chose délaissée, en offrant de payer toute la dette et les frais, il devient débiteur *personnel* des créanciers. On a vu ci-dessus quelques conséquences de cet état de choses (2). Ainsi, il n'est plus nécessaire d'avoir une inscription pour poursuivre un tiers détenteur qui se trouve dans une telle position.

826 3° (3).

(1) Liv. VI, chap. VII, n. 4.

(2) Arrêt de cassation, *suprà*, n. 726 3°.

(3) Add. *Comment le détenteur peut éviter le délaissement.*—Battur, dit, n. 484 : " Quand il est question de dettes ordinaires, le détenteur peut, pour éviter ce délaissement, offrir de payer les capitaux et intérêts exigibles ; mais *quid juris* quand l'héritage est hypothéqué à une rente ?

" Il n'est pas douteux que des immeubles peuvent être hypothéqués pour sûreté d'une rente purement foncière, comme pour une rente constituée. Le tiers détenteur, pour éviter, dans l'un ou l'autre cas, le dé-

826 4° (1).

laissement de l'héritage hypothéqué, doit non-seulement offrir de payer tous les arrérages qui sont dus, et les frais qui peuvent être dus au créancier pour ladite rente ; mais il doit encore offrir au créancier de passer un titre nouvel par-devant notaires, par lequel il s'oblige de continuer la rente tant qu'il sera détenteur de l'héritage hypothéqué. Le tiers détenteur d'un héritage hypothéqué à une rente, dit Pothier, ne devant, pour éviter le délai, s'obliger à la rente que tant qu'il est détenteur, si par l'erreur du notaire (comme il arrive souvent), il était dit purement et simplement qu'il s'oblige à la rente, il serait néanmoins présumé s'y être obligé seulement pour le temps qu'il serait détenteur. Il y a plus, ajoute Pothier : quand même le titre nouvel porterait formellement qu'il s'est obligé à la continuation de la rente pour toujours et tant qu'elle aurait cours, on présumerait encore favorablement que ces termes se seraient glissés par erreur et par style de notaire, parce qu'on croit difficilement qu'un homme ait voulu s'obliger à plus qu'il ne doit, à moins qu'il ne parut quelque cause pour laquelle il aurait augmenté son obligation, et se serait ainsi obligé à payer la rente indéfiniment et tant qu'elle aurait cours, *putà*, s'il avait reçu quelque chose pour cela, qu'on lui eût remis des arrérages, etc. C'est le sentiment de Loyseau, liv. IV, ch. IV, n. 15 et 16.

" La clause : si mieux on n'aime payer ou passer titre nouvel, doit toujours être insérée dans les sentences qui condamnent le détenteur à délaisser, ou au moins être sous-entendue."

(1) Add. *Le détenteur qui a délaissé ne peut-il reprendre l'immeuble qu'à la condition de payer au préalable la dette et les frais ? Et, par la reprise de l'immeuble, n'est-il pas censé obligé personnellement envers le créancier qui avait fait la poursuite, de manière que, par rapport à lui, le défaut de renouvellement de l'inscription dans les dix ans expirés depuis le délaissement n'opère point de péremption de l'inscription ? Arrêt affirmatif sur le dernier point, et négatif sur le premier.*— Duranton dit, n. 226 : " La cour de Bordeaux, par son arrêt du 14 août 1828, considérant que l'article 2173 n'ayant fixé aucun délai pendant lequel l'acquéreur qui fait le délaissement et qui veut reprendre l'immeuble doive payer les frais et le montant de la dette, à peine d'être déchu de cette faculté, a décidé, en principe, qu'on ne doit pas regarder un détenteur comme déchu du droit de reprendre l'immeuble par cela seul qu'il ne paye pas les dettes ; sauf au créancier à poursuivre l'expropriation sur lui, suivant les règles ordinaires. Mais comme, dans l'espèce, il y avait un jugement rendu entre les parties, et passé en force de chose jugée, qui autorisait la reprise, *à la charge*, par le détenteur, *de payer*

toute la dette et les frais, conformément à la loi, la cour a vu dans cette disposition une *obligation personnelle* de la part du détenteur envers le créancier, et qui avait fait obstacle à ce que ce même détenteur pût ensuite opposer au créancier la péremption de son inscription pour défaut de renouvellement dans les dix ans. L'arrêt dit même que cette obligation personnelle résulte de la loi, et c'était là le point important quant à la question envisagée en principe.

" Ainsi il a décidé deux choses : 1° que la faculté accordée au détenteur par l'article 2173 de reprendre l'immeuble après délaissement n'est point subordonnée à la condition du payement actuel de la dette ; sauf au créancier à poursuivre l'expropriation forcée de l'immeuble sur la tête du détenteur ; 2° que, par la reprise de l'immeuble, le détenteur s'oblige personnellement envers le créancier, auquel il ne peut plus, en conséquence, opposer la péremption de son inscription, faute de renouvellement dans les dix ans de sa date.

" Le détenteur, qui avait un grand intérêt à contester cette obligation personnelle, que l'arrêt a fait dériver et du jugement de première instance et de la disposition de l'art. 2173, parce que par là il pouvait opposer avec succès au créancier la péremption de son inscription faute de renouvellement dans les dix ans de la date ; le détenteur, disons-nous, s'est pourvu en cassation. Il disait qu'en reprenant l'immeuble, il n'avait fait que reprendre sa chose, et détruire seulement par là l'effet du délaissement, qui n'avait point empêché, selon lui, que la propriété n'eût continué d'être dans sa main pendant le délaissement lui-même, suivant la doctrine des auteurs ; qu'il y avait eu simplement *interruption de possession ;* que ce délaissement, suivi de la reprise de l'immeuble, n'avait opéré aucune novation de droit ; qu'il avait laissé les parties dans le même état qu'auparavant : qu'ainsi, comme il aurait pu, lui détenteur, opposer au créancier le défaut de renouvellement de son inscription dans les dix années de sa date, si la péremption était venue l'atteindre avant le délaissement, il doit également pouvoir le lui opposer dans l'espèce, où les dix ans ne sont venus à expirer que depuis la reprise de l'immeuble, puisque le code ne dit pas que le délaissement dispense de renouveler les inscriptions. Mais la cour de cassation a rejeté ces moyens et le pourvoi (arrêt du 24 février 1830 [Sirey, XXX, 1, 84]), par les motifs suivants, qui méritent d'être rapportés.

" La cour, sur le deuxième moyen, attendu qu'il ne faut pas confondre
" les obligations imposées au tiers détenteur par les articles 2167, 2168
" et suivants du code civil, obligations qui sont accompagnées d'une
" faculté alternative, celle de payer ou de délaisser, avec *l'obligation*
" *stricte, pure, positive et absolue, imposée par l'art.* 2173 du même

" code, pour le cas où, après avoir délaissé les biens, le créancier est
" admis à les reprendre et les a repris de fait ; que s'il n'est pas rigou-
" reusement vrai, en point de droit, que l'inscription ait produit tout son
" effet par le simple délaissement du tiers détenteur, et cela par le dou-
" ble motif que la faculté de reprendre, réservée au tiers détenteur,
" suppose implicitement que ce tiers n'est pas dépouillé ; que, d'une
" autre part, les biens peuvent passer dans les mains d'un nouvel acqué-
" reur, par l'effet d'une adjudication ; que la conséquence de cet état de
" choses fait que le créancier doit conserver son hypothèque par le
" renouvellement de son inscription, il faut néanmoins reconnaître que
" cette obligation de renouveler dans le délai légal cesse de plein droit
" lorsque la reprise des biens a été fait avant l'expiration des dix années
" de ladite inscription, ce qui est précisément l'espèce de la cause sou-
" mise à la cour ; que la reprise des biens après un délaissement effectué
" produit un nouvel état de chose, opère une espèce de contrat nouveau
" et personnel entre le tiers détenteur et le créancier, par l'effet duquel
" le tiers détenteur, se subrogeant volontairement au lieu et place du
" débiteur originaire et principal, se soumet à payer toute la dette et les
" frais ; que cette obligation de payer est, aux termes du susdit art. 2173
" du code civil, la condition inséparable de la reprise ; que la cour
" royale de Bordeaux, en appliquant ainsi ce même article, en a saisi le
" sens véritable ; que, puisqu'il est constant, en fait, que l'inscription
" des héritiers de la partie subsistait légalement au moment de la reprise
" des biens par Froidefont, il est inutile de s'enquérir si, depuis cette
" reprise, pendant l'instance et pendant l'appel, les héritiers auraient
" fait ou non un renouvellement dans les dix ans ; que la saine interpré-
" tation et la juste application du susdit article 2173 du code civil suffi-
" sent pour écarter la demande, et dispensent d'entrer dans l'examen
" des autres articles du même code invoqués à l'appui du pourvoi ;
" rejette, etc."

" Et en effet, est-ce que le créancier, auquel l'article 2173 disait que le détenteur ne peut reprendre l'immeuble par lui délaissé qu'à la charge de payer toute la dette et les frais, n'a pas dû compter que le détenteur se soumettrait à remplir cette obligation ? Quelle nécessité pour lui, dès lors, de renouveler (toujours par rapport à ce même détenteur) l'inscription que donnait le rang à son hypothèque ? Le détenteur, dans l'espèce, voulait évidemment user de surprise, surtout si l'on considère qu'il y avait entre lui et le créancier un jugement passé en force de chose jugée qui l'autorisait bien à reprendre les immeubles, mais *à la charge de payer toute la dette et les frais, conformément à la loi.* Ainsi l'arrêt de Bordeaux et celui de la cour de cassation ont parfaitement bien jugé."

[ARTICLE 2081.]

CHAPITRE CINQUIÈME

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

2081. Les priviléges et hypothèques s'éteignent :

1. Par l'extinction totale de la chose affectée au privilége ou à l'hypothèque, son changement de nature, ou sa mise hors du commerce sauf certains cas exceptionnels ;

2. Par la résolution, ou par l'extinction légale du droit conditionnel ou précaire dans la personne qui a donné lieu au privilége ou à l'hypothèque ;

3. Par la confusion des qualités de créancier hypothécaire ou privilégié et d'acquéreur de la chose affectée. Néanmoins si le créancier acquéreur est évincé pour quelque cause indépendante de lui, l'hypothèque ou le privilége reprend sa force ;

4. Par la remise expresse ou tacite du privilége ou de l'hypothèque ;

5. Par l'extinction absolue de la dette à laquelle

CHAPTER FIFTH.

OF THE EXTINCTION OF PRIVILEGES AND HYPOTHECS.

2081. Privileges and hypothecs become extinct :

1. By the total loss of the thing subject to the privilege or hypothec ; by the changing of its nature ; by its ceasing to be an object of commerce, saving certain exceptional cases ;

2. By the determination or legal extinction of the conditional or precarious right of the person who granted the privilege or the hypothec ;

3. By the confusion of the qualities of privileged or hypothecary creditor and purchaser of the thing charged. Nevertheless if the creditor who has become purchaser be evicted for a cause which is not attributable to himself, the hypothec or the privilege revives ;

4. By the express or tacit remission of the privilege or hypothec ;

5. By the complete extinction of the debt to

était attaché le privilége ou l'hypothèque, et aussi dans le cas de l'article 1197;

6. Par le décret forcé, et autres ventes qui en ont l'effet, et par la licitation forcée ; sauf les droits seigneuriaux et les rentes qui y ont été substituées ; et aussi par l'expropriation pour cause d'utilité publique, les créanciers conservant en ce cas leur recours sur le prix de l'héritage ;

7. Par jugement en ratification de titre tel que pourvu au Code de Procédure Civile.

8. Par la prescription.

which the privilege or hypothec is attached, and also in the case provided in article 1197.

6. By sheriff's sale of like effect, or by forced licitation, saving seigniorial rights and the rents constituted in their stead ; and also by expropriation for public purposes, the creditors in such case retaining their recourse upon the price of the property ;

7. By judgment of confirmation of title, as provided in the Code of Civil Procedure ;

8. By prescription.

ARTICLE 2081 § 1.

* *C. N.* 2180. } Les priviléges et hypothèques s'éteignent :

1° Par l'extinction de l'obligation principale ;

2° Par la renonciation du créancier à l'hypothèque ;

3° Par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis ;

4° Par la prescription.

La prescription est acquise au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilége.

Quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers déten-

teur, elle lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit : dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où il a été transcrit sur les registres du conservateur.

Les inscriptions prises par le créancier n'interrompent pas le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur.

---

* *ff. Quibus modis pignus exting.*, *Liv.* 20, *Tit.* 6, *L.* 8, § 1. } Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincta, pignus hypothecave perit. (MARCIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Comme le gage finit lorsque le corps qui a été engagé cesse d'exister, de même il s'éteint lorsqu'étant contracté par un usufruitier le droit d'usufruit retourne à la propriété. (MARCIEN).

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Des hyp.*, *Liv.* 3, *Tit.* 1, *s.* 7, *n°* 8. } Comme l'hypothèque sur un fonds qui vient à périr par un débordement ou autre accident ne subsiste plus, ainsi l'hypothèque qu'aurait un créancier sur un droit d'usufruit acquis à son débiteur, n'aura plus d'effet si l'usufruit cesse, quand même le débiteur survivrait à la perte de son usufruit, comme s'il ne l'avait que pour quelque temps.

---

* 4 *Malleville, sur art.* 2180 *C. N.* } Le n° 1 est conforme à la loi 6 *ff. quid mod. pignus.*

Le n° 2, à la loi 2, *Cod. de remiss. pign.*

Le n° 4 à la première, *Cod. si adv. cred.* et à la loi 3, *Cod. de præscrip.* 30 *vel* 40 *an.*

Mais il y a quelques observations à faire sur ces différentes décisions.

1. Les priviléges et hypothèques ne s'éteignent pas seulement par les causes qu'on vient d'énumérer ; elles périssent

encore par la novation, *nisi convenit ut pignus repetatur*, L. 11, § 1 *de pign. act.* et par la perte totale de la chose hypothéquée. Mais elles durent sur le sol quoique la maison ait été brûlée : et si la maison est ensuite rebâtie, l'hypothèque revit sur la maison même. *L.* 29, § 1. *ff. de pign. et hypot.* Elle dure quoique la forme de la chose hypothéquée ait été changée, comme si d'une maison on a fait un jardin, ou d'un jardin une maison. *L.* 16, § 2, *ff. de pign. et hyp.*

Mais si une forêt a été hypothéquée, et que de ses arbres on construise des vaisseaux, l'hypothèque ne passe pas sur ces vaisseaux, *L.* 18, § 3, *ff. de pign. act.*

A ce propos, je dois rapporter une espèce singulière qui vient d'être jugée à la Section civile.

Par un acte public du 19 ventôse an 10, Jean *Schott* vend à Michel, son frère, la garance qu'il avait sur trois pièces de terre.

Le 17 messidor suivant, la garance a été saisie par Pétri, prétendu créancier du vendeur.

Michel Schott forme opposition à cette saisie : *Wolf* cessionnaire de Pétri lui oppose qu'il n'a pas fait transcrire son contrat.

Le 20 prairial an 11, jugement qui adjuge à Michel Schott ses conclusions.

Appel par Wolf. Jugement de la Cour d'appel de Colmar, qui, attendu que Michel Schott n'avait pas fait transcrire son contrat, que la garance vendue faisait partie d'un immeuble, et qu'ainsi la vente ne pouvait être opposé à des tiers, réforme le jugement.

Pourvoi en cassation, Arrêt du 19 vendémiaire dernier, qui, vu les articles 6 et 26 de la loi de brumaire, et considérant que les fruits d'un fonds ne sont censés en faire partie que relativement au transport de la propriété ou de l'usufruit de ce fonds, ou à la saisie du corps immobilier dont il font partie, mais que rien ne s'oppose à ce qu'ils soient vendus sans fraude, ou saisie à part du fonds même, casse et annulle. *Voyez* l'observation sur l'article 520.

2. Notre article dit qu'on peut renoncer à son hypothèque, et rien de plus vrai, mais il se tait sur la manière de faire cette renonciation ; doit-elle être expresse, ou peut-elle s'induire de circonstances ? Le Tribunal de Cassation avait demandé, dans ses observations, si le créancier qui signe, comme notaire ou témoin, l'acte d'aliénation d'un immeuble qui lui est hypothéqué, est censé, par cela seul, renoncer à son hypothèque, ou si cette renonciation tacite n'a lieu que lorsque l'immeuble est déclaré franc et quitte d'hypothèques.

Il n'y a pas de doute que le créancier qui consent à la vente, et à l'aliénation quelconque de la chose qui lui est hypothéquée, perd son hypothèque. *L.* 4, et 7, *ff. quib. mod. pign.*

Il la perd aussi s'il consent que la chose soit hypothéquée à un autre, sans se réserver sa propre hypothèque. L. 12, *ff. de pign. et hyp.*

Mais dans tous ces cas-là, il y a consentement; la difficulté est donc si ce consentement est présumé par la seule rétention ou signature de l'acte où la chose est vendue ou hypothéquée à un autre.

Je ne le croirais pas du tout dans le cas de la simple vente, sans la clause de *franc et quitte*, par la raison qu'en donne la loi 8, § 15, *ff. quib. mod. pignus, quia sciebat creditor ubique pignus sibi durare.* Il n'y a pas d'ailleurs de mauvaise foi à objecter même au notaire, car l'acquéreur devait connaître l'inscription.

Quant à l'hypothèque, on distinguait autrefois l'hypothèque spéciale de la générale ; on disait que la signature d'un contrat où l'on donnait une hypothèque générale, ne nuisait pas au témoin ou au notaire, mais qu'elle lui nuisait quand le contrat donnait une hypothèque spéciale.

Que si l'acte portait la clause de *franc et quitte*, on jugeait qu'elle leur nuisait, et qu'il était censé abandonner son hypothèque.

Je crois que cette jurisprudence doit être encore suivie aujourd'hui, excepté que le fonds hypothéqué ne fût notoire-

ment d'une valeur capable de donner pleine sûreté pour les deux hypothèques.

Voyez sur toutes ces questions *Lapeyrère* et les auteurs qu'il cite, lett. *H.*, n° 44 et *Rousseaud*, mot *Hypothèque*, sect 6.

3. Quant à la prescription, notre article distingue le cas où le débiteur demeure possesseur des biens hypothéqués, du cas où ils ont passé dans les mains d'un tiers acquéreur.

Dans le premier cas l'hypothèque ne se prescrit que par le tems nécessaire pour prescrire les actions qui donne lieu à l'hypothèque ou au privilége. Ainsi l'action d'un hôtelier et traiteur se prescrivant par six mois, celle des médecins, chirurgiens et apothicaires se prescrivant par un an, suivant les articles 2271 et 2272, leur privilége se prescrit aussi par le même laps de tems, à moins de poursuites pour le conserver. Ainsi des autres hypothèses.

Dans les pays coutumiers, on jugeait que l'action hypothécaire, lorsqu'elle était jointe à la personnelle, durait quarante ans, conformément à la loi *cum notissimi*, *Cod. de præsc.*, 30 *vel* 40. Mais dans les pays de droit écrit, l'action ne durait dans ce cas-là même que trente ans. *Voyez* à ce sujet *Maynard*, liv. 6, chap. 31 ; *Louet et Brodeau*, lett. H., n° 3 ; *Henris*, tom. 1, liv. 4, quest. 75. Il paraît d'après notre article, réuni à l'article 2262, que l'on a préféré la jurisprudence des pays de Droit écrit.

Dans le cas où les biens affectés ont passé dans les mains d'un tiers détenteur, l'hypothèque se prescrit comme la propriété même, par dix ans entre présens, et vingt ans entre absens, article 2265. Telle était aussi la jurisprudence générale des pays du Droit écrit et coutumier, d'après la loi *unique*, *Cod. de usucap. transf.*, et la loi 8 *de præscr.*, 30 *vel* 40, suivies par l'article 114 de la Coutume de Paris.

Notre article y a cependant mis une condition, lorsque la prescription suppose un titre, c'est qu'il soit transcrit sur les registres du conservateur; mais suivant l'art. 2265, pour prescrire par dix et vingt ans, il faut un juste titre.

Sur la dernière partie de l'article, on peut observer qu'il

est conforme à la jurisprudence de Paris, où il ne suffisait pas de la connaissance que l'acquéreur aurait eue de l'hypothèque : il fallait une interruption formelle. *Voyez* Rousseaud, mot *Prescription*, sect. 3, n° 1 ; mais dans les pays de Droit écrit, il fallait pour prescrire l'hypothèque, que le tiers acquéreur fût en bonne foi et l'ignorât, lors de l'acquisition. *Voyez* Serres, pag. 157 ; *voyez* aussi les observations sur l'article 2265.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hyp.*, *n°* 170 *et s.* } 170. L'hypothèque s'éteint :

1° Par l'extinction de la chose hypothéquée ;

2° Lorsque le créancier hypothécaire acquiert la propriété de la chose hypothéquée : ce qui s'appelle *confusion* ou *consolidation ;*

3° Par la résolution et extinction du droit de propriété de celui qui a constitué l'hypothèque ;

4° Par l'extinction de la dette pour laquelle l'hypothèque a été constituée ;

5° Par la remise expresse ou tacite de l'hypothèque ;

6° Par la prescription et autres manières introduites par les lois pour purger les hypothèques.

171. L'hypothèque étant un droit dans la chose hypothéquée, il est évident qu'elle ne peut subsister lorsque cette chose ne subsiste plus.

C'est pourquoi si j'avais un droit d'hypothèque sur un champ que la rivière ait emporté, ce champ ne subsistant plus, il est évident que mon droit d'hypothèque est éteint.

Cette règle a également lieu à l'égard de l'hypothèque que nous avons sur des immeubles incorporels ou sur des rentes.

Par exemple. Le droit d'hypothèque que j'avais sur un droit d'usufruit qui appartenait à mon débiteur s'éteint, lorsque ce droit d'usufruit vient à s'éteindre (1).

(1) Le Code, en parlant des biens susceptibles d'hypothèque, dit : " L'usufruit des mêmes biens et accessoires *pendant le temps de sa durée* ", il faut cependant remarquer que toutes les manières de mettre

Par la même raison, lorsqu'une rente sur laquelle j'avais un droit d'hypothèque est rachetée, comme le rachat qui s'en fait, éteint la rente, il éteint aussi mon droit d'hypothèque sur cette rente (1).

Il n'importe que ce rachat ait été nécessaire, tel qu'est le rachat d'une rente constituée, ou qu'il ait été volontaire, tel qu'est le rachat d'une rente foncière que le créancier de cette rente, mon débiteur, a volontairement acceptée, quoiqu'elle ait été créée sans faculté de rachat, ou que celle qui en avait été accordée fût prescrite ; car, de quelque manière que le rachat ait été fait, il a éteint la rente, et l'hypothèque ne peut plus subsister, puisque cette rente ne subsiste plus.

172. Le créancier, qui a une hypothèque sur une rente, a néanmoins un moyen pour empêcher que le rachat qui pourrait en être fait n'éteigne son droit d'hypothèque ; ce moyen consiste à faire un arrêt du fonds de cette rente, et l'effet de cet arrêt sera que le débiteur ne pourra la rembourser à celui à qui elle est due, sans y appeler le créancier arrêtant, et à la charge qu'il sera fait emploi des deniers du rachat en l'acquisition d'un autre immeuble sur lequel ce créancier aura le même droit d'hypothèque qu'il avait sur la rente qui a été rachetée.

173. Pour que l'hypothèque soit éteinte par l'extinction de la chose hypothéquée, il faut qu'il n'en reste rien ; s'il en reste quelque partie, quelque petite qu'elle soit, l'hypothèque demeure pour le total de la créance sur cette partie.

Par exemple, si une maison sur laquelle j'avais droit d'hypothèque a été consumée par le feu, mon droit d'hypothèque

fin à l'usufruit n'éteignent pas également l'hypothèque. Ainsi, par exemple, le nu propriétaire rachète l'usufruit, ou, à l'inverse, l'usufruitier acquiert la nue propriété, il est bien évident que ces événements, résultat de la volonté de l'usufruitier débiteur, ne peuvent préjudicier à l'hypothèque établie sur l'usufruit, laquelle doit conserver son effet pendant la vie de l'usufruitier. (Bugnet).

(1) Les rentes ne peuvent plus être hypothéquées. (Bugnet).

demeure sur la place qui reste de cette maison. Demeure-t-il aussi sur les matériaux échappés aux flammes ?

Tant que ces matériaux paraissent destinés à la reconstruction de la maison, comme cette destination leur conserve la qualité d'immeubles et de partie de la maison, elle me conserve aussi mon droit d'hypothèque sur ces matériaux ; mais lorsqu'il paraît que le dessein de la reconstruction a été abandonné, que ces matériaux ont été dispersés ; ces matériaux n'étant plus que de simples meubles non susceptibles d'hypothèque, je ne peux plus la conserver dessus.

174. Le changement de forme accidentelle qui survient à une chose ne l'éteint pas, ni par conséquent, l'hypothèque sur cette chose.

Par exemple, si une terre labourable que j'ai vendue, sur laquelle j'ai un droit d'hypothèque privilégiée est mise en pré, *aut vice versâ*, je conserve mon droit d'hypothèque, car c'est le même fonds de terre qui n'a fait que changer de forme, et qui peut être remis dans celle qu'il avait auparavant.

Il en est autrement du changement qui arrive dans la forme substantielle de la chose, c'est-à-dire lorsque la forme qui est détruite constituait l'essence de la chose, et que ce changement produit une nouvelle chose à la place de l'autre qui est totalement détruite et ne peut plus être rétablie dans sa forme : *Cùm non potest materia ad pristinam forman reverti.*

Par exemple, si un marchand de laine a vendu de la laine à un fabricant qui l'ait convertie en étoffes, c'est un changement de la forme substantielle de la laine. Elle est censée ne plus subsister, et le privilége qu'avait ce marchand sur cette laine est éteint par l'extinction de la chose, et ne peut plus s'exercer sur l'étoffe qui en a une autre.

175. Cette distinction est tirée des lois romaines. Les jurisconsultes romains ne pensaient pas que la chose était détruite, lorsque sur une terre nue on bâtissait une maison, *aut vice versâ* ; mais bien lorsque de la laine on en faisait

un habit, *lanâ legatâ vestem quæ ex eâ facta sit non deberi placet.* L. 88, § 1, ff. *de Leg.* 3°. *Si arcæ legatæ domus imposita sit deberi.* L. 44, § 4, ff. *de Leg.* 3°.

Il y a une autre raison de différence, c'est qu'un fonds de terre, quoiqu'il ait changé de forme, peut toujours se reconnaître pour le même fonds de terre, il occupe toujours le même lieu, il a les mêmes tenants et aboutissants, au lieu que la laine dont on a fait de l'étoffe, quand on voudrait soutenir qu'elle subsiste encore, au moins elle n'est plus reconnaissable, et comme le créancier qui aurait sur cette laine un privilége ne pourrait l'exercer qu'en la faisant reconnaître pour être celle qu'il a vendue, son privilége ne peut subsister, sans qu'il soit besoin pour cela d'entrer dans la subtile question que faisaient les jurisconsultes romains : *An lana quæ in vestem transiit extincta dici debeat necne?*

176. Le droit d'hypothèque ne peut avoir lieu que dans les choses qui sont dans le commerce, et non sur celles qui sont *aut publici aut divini juris*, comme nous l'avons vu au chap. 1er, sect. 2, § 1, d'où il suit que, si le fonds de terre sur lequel j'avais un droit d'hypothèque est mis hors le commerce; *putà*, si on a pris, par autorité publique, un terrain sur lequel j'avais droit d'hypothèque, pour en faire un grand chemin, une église, ou un cimetière, le droit d'hypothèque que j'avais sur ce terrain ne peut plus subsister (1).

---

* *Lamoignon, Recueil des Arrêtés, Tit.* 26, *art.* 2. } Si la maison hypothéquée a été démolie et depuis rebâtie, l'hypotheque subsiste tant sur le sol que sur le nouveau bâtiment.

---

* *Troplong, Priv. et hyp.*, *n°* 889, *sur art.* 2180 *C. N.* } 889. Une sixième cause d'extinction des hypothèques se présente lors de la perte de la chose hypothéquée.

(1) *V.* art. 17 et 18 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. (Bugnet).

[ARTICLE 2081 § 1.]

"Sicut, re corporali extinctâ, ità et usufructu extincto, " pignus hypothecave perit." (L. 8, D., *quib. mod. pig. vel. hyp.*) (1).

Ce n'est pas seulement par la perte de la chose, c'est aussi par sa transformation que l'hypothèque peut être éteinte. Ici, je ne répéterai pas les détails dans lesquels je suis entré à cet égard, n. 109 et suivants. Je renvoie à ce que j'ai dit. On y trouvera les règles expliquées de manière à donner la solution des difficultés les plus importantes (2).

(1) *Pand.* de Pothier, t. I, p. 582, n. 12.

Add. " Ainsi, dit Duranton, n. 325, l'hypothèque établie sur un terrain qui vient à être emporté par la rivière est évidemment éteinte; s'il reste quelque chose du terrain, l'hypothèque subsiste sur ce qui reste.

" Ainsi, le privilége qu'a le bailleur d'héritages ruraux sur les fruits produits par le fonds s'éteint par la consommation de ces mêmes fruits.

" Ainsi encore, le privilége général qu'ont les créanciers en vertu de l'article 2101 du code s'éteint, à l'égard d'un droit de rente viagère qui appartient à leur débiteur, par l'extinction de cette rente, qui a lieu par le décès de la personne sur la tête de laquelle elle avait été constituée. Cette rente a même pu être donnée en gage à un créancier pour sûreté de sa créance, en observant les formalités prescrites à l'article 2075, cas dans lequel le créancier a dû imputer, jusqu'à due concurrence, les arrérages par lui perçus, sur les intérêts de sa créance, si elle en produisait, et l'excédant sur le capital (art. 2081).

" Si c'était une rente constituée en perpétuel, dont le débiteur eût fait le rachat, le droit de gage du créancier, qui est un privilége (art. 2073 et suiv.), ne subsisterait plus sur le droit appelé rente, puisqu'il n'existerait plus ; mais il existerait sur la somme remboursé qui était le capital, la chose productive des arrérages. Il n'y a même pas besoin de supposer, en ce cas, une subrogation de ce capital au droit de rente ; C'est en réalité la même chose dans la *cause*, si ce n'est pas absolument la même dans l'effet. Le créancier avait son gage aussi sur le capital, au cas où il viendrait à être remboursé."

(2) Add. Duranton dit, n. 332 : " Il en est autrement, dit Pothier, du changement qui arrive dans la forme substantielle de la chose, c'est-à-dire lorsque la forme qui est détruite constituait l'essence même de la chose, et que ce changement en a produit une nouvelle à la place de l'autre, qui est totalement détruite et ne peut plus être établie dans sa forme : *cùm non potest materia ad pristinam formam reverti.* Par

Ainsi, l'on demande si celui qui avait une hypothèque sur une maison qui vient à être détruite par un événement quel-

exemple, si un marchand de laine a vendu de la laine à un fabricant, qui l'a convertie en drap, c'est un changement de la forme substantielle de la laine ; elle est censée ne plus subsister, et le privilége qu'avait ce marchand sur cette laine est éteint par l'extinction de la chose, et ne peut plus s'exercer sur le drap, qui est une autre chose.

" A plus forte raison le droit de revendication accordé par l'article 2102, n. 4, au vendeur d'effets mobiliers non payés, et qui a vendu sans terme, ne peut-il plus être exercé, puisque évidemment la chose n'est plus dans le même état que lors de la livraison, et que c'est une condition exigée par cet article pour que la revendication puisse avoir lieu.

" Mais nous avons dit, n. 124, que des changements de formes moins importants, par exemple du grain converti en farine, et même du drap converti en habits, éteignent bien, il est vrai, le droit de revendication, d'après ce même article, mais qu'ils n'éteignent pas nécessairement le droit de privilége. Selon nous, ils font éteindre le privilége seulement dans le cas où, d'après le code, la main-d'œuvre devrait être regardée comme la chose principale. Voet, *ad Pandectas*, tit., *quib. mod. pig. solv.*, n. 14, ne regarde pas non plus comme éteint le droit de gage établi sur un lingot dont on a fait un vase, ou sur un vase dont on a fait un lingot, bien que, dit-il, en pareil cas, l'usufruit soit éteint, mais, comme nous l'avons déjà fait observer, le droit d'usufruit tient beaucoup à la forme de la chose, au lieu que le but du gage est simplement de procurer une sûreté au créancier.

" Cette distinction, quant au privilége, entre le cas de laine convertie en drap, et le cas d'un changement de forme subi par un fonds, par exemple par un terrain sur lequel on a bâti depuis la constitution de l'hypothèque, était bien marquée dans les lois romaines. Les jurisconsultes romains ne pensaient pas que la chose fût censée détruite par cela seul que sur un terrain nu on avait construit une maison, ou en sens inverse, parce que l'on avait fait disparaître un bâtiment hypothéqué, pour faire de l'emplacement une cour ou un jardin. Mais ils regardent la chose comme détruite lorsqu'il s'agissait de laine dont on avait fait du drap : ils le décidaient ainsi en matière de legs, et les interprètes ont pensé qu'il en devait être de même en matière d'hypothèque.

" Il y a une autre raison de différence, dit Pothier, c'est qu'un fonds " de terre, quoiqu'il ait changé de forme, peut toujours se reconnaître " pour le même fonds de terre ; il occupe toujours le même lieu, il a les

conque de force majeure ou autre, a un droit de suite sur les matériaux provenant de cette destruction.

Il faut dire que le droit d'hypothèque est absolument perdu. Il ne subsiste plus que sur le sol de la maison (1). Mais il ne s'attache pas aux matériaux. En effet, il y a changement d'une espèce en une autre espèce. La première espèce est anéantie, puisqu'il n'y a plus de maison. Les matériaux forment une espèce nouvelle. Bien plus, ce n'est pas seulement la transformation d'une espèce en une autre espèce, c'est la mutation *ex subjecto in non subjectum*, dont

" mêmes tenants et aboutissants ; tandis que la laine dont on a fait de " l'étoffe, quand on voudrait soutenir qu'elle subsiste encore, au moins " elle n'est plus reconnaissable ; et comme le créancier qui aurait sur " cette laine un privilége ne pourrait l'exercer qu'en le faisant recon- " naître pour celle qu'il a vendue, son privilége ne peut subsister, sans " qu'il soit besoin pour cela d'entrer dans la subtile question que fai- " saient les jurisconsultes romains : *An lana quæ in vestem transiit, ex- " tincta dici debeat necne* ?"

" Ce que dit ici Pothier est parfaitement raisonnable."

Voy. *suprà*, n. 111 et suiv.

(1) Add. Duranton dit, n. 329 : " L'hypothèque constituée sur un bâtiment détruit par incendie, ou autre cause, subsiste encore sur le sol ; à la différence du droit d'usufruit établi seulement sur un bâtiment, lequel ne subsiste plus, ni sur le sol ni sur les matériaux, si le bâtiment vient à être détruit (art. 624). Dans l'usufruit, la *forme* de la chose est d'une grande considération ; c'est sur une chose constituée de telle manière, et avec telle forme, qu'il est établi ; et dès que cette chose ne subsiste plus avec son essence primitive, que ce n'est plus, par exemple, un bâtiment, mais seulement un sol et des matériaux, la chose usufructuaire est éteinte, et par cela même l'usufruit l'est aussi. Ajoutez que l'usufruit a été considéré par les anciens comme une *servitude*, une servitude personnelle, et les servitudes n'ont jamais été favorables ; au lieu que l'hypothèque est constituée pour fournir une sûreté au créancier et tout ce qui peut lui en procurer une quelconque remplit le but de l'hypothèque ; or le sol peut lui en procurer une ; donc il reste soumis à l'hypothèque."

Op. conf. de Proudhon, *Usuf.* n. 44 ; d'O. Leclercq, t. VII, p. 272 ; de Persil, *Rég. hyp.*, article 2180, n. 7, d'Ernst, p. 293, quest. 6.

parle Cujas (1), et dont il dit : *Omnium summa mutatio est.* Les parties qui formaient la maison sont décomposées, le lien qui les unissait est brisé : il ne reste plus que des éléments divers et indépendants les uns des autres. *Id genus pignus extinguit*, dit Cujas.

Enfin les matériaux sont meubles tant qu'ils ne sont pas employés à la reconstruction de la maison (2) (article 532 du code civil). Or l'hypothèque ne peut grever que des immeubles ; comment donc pourrait-elle se continuer sur les maté riaux (3).

Ces principes ont été appliqués par la cour de cassation et par la cour de Douai, dans une espèce où une maison hypothéquée avait été vendue et achetée *à charge d'être démolie.* La démolition ayant été effectuée de bonne foi, il fut jugé que le créancier hypothécaire n'avait aucun droit de suite sur les matériaux ni sur le prix qui les représentait (4).

(1) *Suprà*, n. 109.

(2) Voy. Dalloz, v. *Choses*.

(3) Grenier, t. I, p. 312. Persil, art. 2180, n. 8. Dalloz, *Hyp.*, p. 425, n. 30. *Suprà*, n. 117 2o.

Add. Op. conf. de Duranton, n. 329, où il rejette la distinction de Pothier. Il ajoute : " Au surplus, nous concevrions, à la rigueur, que, si les matériaux, encore sur le sol, étaient vendus avec le sol pour un seul et même prix, le créancier hypothécaire pût être payé sur la totalité de ce prix, qu'il ne fût point fait de ventilation ; mais nous n'admettrions assurément pas ce créancier à se faire payer hypothécairement sur le prix des matériaux s'ils étaient saisis par saisie-exécution à la requête d'un autre créancier avant la saisie du sol, quand bien même la vente ne serait point encore opérée au moment où il réclamerait ; et il ne pourrait non plus y prétendre si, avant la saisie du sol, les matériaux avaient été vendus à un tiers, quoique celui-ci ne les eût pas encore enlevés."

(4) Douai, 10 juin 1823, confirmé par cassation du 9 août 1825 (Dalloz, XXVI, 1, 4).

Add. *Jurisprudence.*—La somme assurée n'est pas subrogée à l'immeuble assuré pour l'exercice des priviléges et hypothèques. Liége, 24 novembre 1831 (*J. de B.*, 1831, 2,327 ; *Jur. du XIXe siècle*, 1832, 3,15).

(Op. conf. de Persil, *Rég. hyp.*, art. 2180, n. 8.

Mais si la maison était reconstruite, l'hypothèque la ressaisirait d'après la décision de la loi 29, § 2, D., *de pignorib. et hyp.* (1).

889 2°. Je parlais tout à l'heure des transformations éprouvées par la chose comme étant de nature à modifier l'hypothèque.

Que doit-on décider dans le cas où on planterait une vigne sur un champ vide donné à hypothèque comme champ ?

Il faut dire que l'hypothèque reste toujours ; car il n'y a de changé que la superficie : la chose reste la même. (Loi 16, § 2 ; L. 29, § 2, *de pig. et hyp.*) (2).

De même si on bâtit une maison sur un terrain vide hypothéqué, non-seulement l'hypothèque subsiste toujours sur le sol, mais encore elle affecte la maison ; car *ædificium solo cedit* (3).

889 3° (4).

(1) *Suprà*, n. 838 et 838 2o, j'ai parlé de cette loi. Persil, art. 2180, n. 8. Delvincourt, t. III, p. 281, n. 3. Dalloz, *Hyp.*, p. 425, 426 ; in-8o, p. 504, n. 3. Ernst, p. 29.

(2) Add. Op. conf. de Duranton, n. 331 ; de Persil, *Rég. hyp.*, art. 2180, n. 9.

(3) Voet, lib. XX, t. VI, n. 14, Pothier, *Pand.*, t. I, p. 582, n. 12, et au titre *Quæ res pignor.*, n. 15. Grenier, t. I, p. 312. Voy. *suprà*, n. 551. J'y réfute les opinions contraires.

Add. Duranton, n. 330.

(4) Add. *La destruction totale de l'héritage anciennement grevé d'une rente foncière éteint-elle cette rente dont cet héritage était grevé?*—Battur dit, n. 742 : “ Ici se présente une question transitoire, qui est de savoir si la destruction totale de l'héritage anciennement grevé d'une rente foncière éteint cette rente dont cet héritage était chargé. L'affirmative n'est pas douteuse ; et, nonobstant que la rente foncière n'affecte plus aujourd'hui les héritages qu'à titre d'hypothèque, cette disposition légale ne peut rétroagir sur les anciennes rentes foncières, sur lesquelles le droit de déguerpir n'a pu être enlevé au preneur. C'est ce qui résulte des principes consacrés par un arrêt de la cour de cassation du 11 octobre 1814.”

[ARTICLE 2081 § 1.]

890. J'ai vu des hommes de loi embarrassés de prononcer sur la question suivante :

Pierre a une hypothèque sur la maison *B*, que détruit un incendie. Le propriétaire, qui avait fait assurer sa maison, reçoit une indemnité de la direction des assurances. Les créanciers conservent-ils leur rang hypothécaire sur cette indemnité, qu'ils font saisir entre les mains du directeur responsable ?

Je ne conçois pas comment on peut trouver dans ce cas une difficulté. L'hypothèque est éteinte par la perte de la maison : *re corporali extinctâ, hypotheca perit.* Comment donc pourrait-elle atteindre la somme, qui n'est allouée que *ex post facto*, à titre d'indemnité pour le propriétaire ? D'ailleurs, cette somme d'argent est purement mobilière ; elle n'est et ne peut être subrogée à la maison, d'après tous les principes sur la subrogation (1). On ne doit donc pas hésiter à dire que la somme doit être distribuée sans égard aux hypothèques (2).

(1) *Répert.*, v. *Subrog. de choses.*

(2) Add. Op. conf. de Duranton, n. 328, où il dit : " On ne peut pas dire que la somme payée par la compagnie d'assurance est le prix ou tient lieu du prix de l'immeuble, puisque la propriété de cet immeuble n'est point transférée. Cette somme ne provient point de la chose, ni ne la représente réellement ; elle ne peut donner lieu à une surenchère hypothécaire, comme celle qu'offrirait, pour la valeur de l'immeuble, un acheteur ou un donataire qui voudrait purger ; elle est seulement l'objet d'une convention pour un cas prévu, celui de la perte de la chose ; et cette convention, le propriétaire du bâtiment l'a faite pour lui, et par conséquent pour tous ses créanciers en général. S'il ne se fût pas fait assurer, ses créanciers hypothécaires n'en serait pas de meilleure condition, loin de là, et dans le silence du code à ce sujet, ces mêmes créanciers ne peuvent prétendre qu'il y a subrogation *réelle* de la somme due par la compagnie d'assurance, au prix qu'on aurait pu retirer du bâtiment, sans l'accident. Les subrogations, et surtout les subrogations réelles, sont de droit étroit : elles ne s'étendent pas d'un cas à un autre par induction, par analogie. Du reste, nous ne contestons pas qu'il n'y eût d'utilité à en établir une pour ce cas en faveur des créanciers hypothécaires ; mais dans l'état actuel de la législation, nous ne croyons

Aussi, les créanciers bien conseillés ont-ils le soin de stipuler, dans le contrat d'hypothèque, qu'ils seront subrogés dans tous les droits du débiteur à la prime. Cette clause est presque toujours insérée dans les contrats passés devant les notaires de Bordeaux ; le subrogé doit avoir soin de faire signifier son transport à la compagnie d'assurance (1). (Article 1690.)

Quelque évidents que soient ces principes, ils ont cependant été contestés, et l'opinion contraire à celle que j'énonce ici a trouvé des apologistes : la cour de Colmar (2) et la cour de Rouen (3) ont cru pouvoir juger que l'indemnité due à l'assuré devait être partagée par ordre d'hypothèque ; et Dalloz incline vers cet avis (4), qui est aussi celui de Boudousquié, dans son *Traité sur les assurances terrestres.* De pareilles controverses sur des vérités si élémentaires et si palpables sont de nature à faire naître de sérieuses réflexions. Quoi qu'il en soit, l'arrêt de la cour de Rouen a été cassé par arrêt de la cour de cassation du 28 juin 1831 (5). La cour sûprême a pensé, avec raison, que l'indemnité, étant chose mobilière, devait être distribuée entre tous les créanciers, sans distinction des hypothécaires et des chirographaires.

pas que les créanciers y pussent prétendre avec droit, puisque aucune disposition du code ne la consacre en leur faveur. Et cela est vrai aussi bien à l'égard des créanciers hypothécaires antérieurs au contrat d'assurance, qu'à l'égard des créanciers postérieurs : les premiers ne sont pas fondés à dire qu'ils ont traité avec le débiteur en considération de l'assurance du bâtiment.

(1) Add. Op. conf. de Duranton, n. 328.

(2) 25 août 1826 (Dalloz, XXVII, 2, 122, 123).

(3) 27 décembre 1828 (Dalloz, XXX, 2, 34).

(4) *Hyp.*, p. 426, n. 33. Je m'aperçois qu'au mot *incendie*, p. 482, Dalloz est revenu à la seule opinion admissible.

(5) Dalloz, XXXI, 1, 214. *Junge* un arrêt de la cour de Grenoble du 27 février 1834, rapporté par Dalloz, XXXIV, 2, 163.

* 11 *Pont, sur art.* 2180 *C. N.,* *n°* 1224. } 1224. La *perte de la chose* est une cause plus réelle ou plus absolue d'extinction des hypothèques et priviléges. Notons d'ailleurs que nous parlons ici de la perte de l'*immeuble grevé*. Il ne s'agit pas, en effet, de la perte de la chose, objet de l'obligation principale. Tout événement qui, en détruisant l'objet de la convention ou de l'obligation, en rend l'exécution impossible, a bien pour effet aussi d'éteindre l'hypothèque ou le privilége qui accède à cette obligation. Mais la cause n'est pas indépendante de celles qu'énumère l'art. 2180 ; elle rentre très-nettement, au contraire, dans sa première disposition, qui fait de l'*extinction de l'obligation principale* une cause extinctive des priviléges et hypothèques, et qui, s'exprimant d'une manière générale, embrasse nécessairement, comme nous le verrons bientôt (voy. n° 1227, 1228), tous les modes généraux qui, d'après l'art. 1234 du Code civil, opèrent l'extinction de l'obligation. Il s'agit donc uniquement ici de la perte *de la chose hypothéquée*. Que ce soit là un fait entraînant l'extinction des priviléges et hypothèques, à peine est-il besoin de le dire : il est bien évident que quand la chose même sur laquelle le privilége ou l'hypothèque se trouvait assis a péri en totalité, l'hypothèque ou le privilége est forcément anéanti par cela même. Et ce que nous disons ici de la perte totale de la chose, il faut le dire également du cas où la chose subit une transformation qui la fait sortir de la classe des immeubles, et de celui où elle est mise hors du commerce, par exemple en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Mais la difficulté, sur ce point, consiste à savoir si l'hypothèque ou le privilége passe de l'immeuble qu'il grevait originairement aux choses qui restent de cet immeuble, aux objets dans lesquels il s'est transformé, aux indemnités qui peuvent être dues au propriétaire dont la chose a péri ou a été mise hors du commerce. Toutefois ces difficultés ont été examinées dans notre commentaire des art. 2118, 2119, 2131 et 2133 : nous y renvoyons le lecteur (voy. nº 359, 376, 406, 407, 419, 698, 698 *bis*).

* 2 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 3, *tit.* 1, *sec.* 7, *no* 10. } Si le débiteur qui avait hypothéqué un fonds vient à perdre le droit qu'il y avait, comme s'il en est dépouillé par une éviction, ou par une faculté de rachat, ou par un retrait lignager, ou par d'autres causes, l'hypothèque qu'il avait assignée sur ce fonds ne subsiste plus; si ce n'est que ce fût par son fait qu'il eût perdu son droit, comme, par exemple, si, pouvant se défendre de cette éviction ou de ce rachat ou de ce retrait, il y donnait les mains; s'il négligeait de demander la distraction d'un fonds saisi sur une tierce personne et qui serait à lui; s'il ne se défendait pas dans une bonne cause, ou s'il abandonnait autrement ses droits. Car dans tous ces cas le créancier peut exercer les droits de son débiteur pour conserver les siens.

Voy. autorités sur art. 2081 § 1.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hyp.*, *no* 179 *et s.* } 179. C'est une régle de droit, puisée dans la raison naturelle, que personne ne peut transférer à un autre plus de droit dans une chose qu'il n'en a lui-même. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quàm ipse habet.* L. 54, ff. *de Reg. jur.*

De là il suit que celui qui n'a qu'un droit de propriété révocable dans une chose, ne peut donner à un créancier qu'un droit d'hypothèque sur cette chose, qui soit pareillement révocable dans les mêmes cas que doit se révoquer son droit de propriété.

C'est pourquoi, si celui qui a constitué à son créancier une hypothèque sur un héritage, était propriétaire de cet héritage en vertu d'une donation sujette à la révocation pour cause de survenance d'enfants, s'il l'avait acheté avec la clause de réméré, si l'héritage était sujet à être retiré sur lui par retrait lignager ou autre espèce de retrait, s'il était grevé de substitution, etc., en tous ces cas, et autres semblables, lorsque le droit du propriétaire qui a constitué l'hy-

pothèque viendra à s'éteindre, soit par la survenance d'enfants, soit par l'exercice du réméré ou du retrait, soit par l'ouverture de la substitution, l'extinction du droit de ce propriétaire entraînera aussi celle des hypothèques qu'il a constituées.

180. Cette règle reçoit une exception à l'égard de l'hypothèque de la dot et du douaire sur les biens substitués. Lorsqu'un homme grevé de substitution par quelqu'un de ses ascendants, ou même, en certains cas, par quelque autre personne que ce soit, s'est marié, si les biens libres qu'il avait ne sont pas suffisants pour acquitter la dot et le douaire, sa veuve, créancière de sa dot et de son douaire, et ses enfants, créanciers de leur douaire, conservent un droit d'hypothèque subsidiaire sur les biens substitués, nonobstant que le droit de celui qui l'a constituée, soit éteint par l'ouverture de la substitution. La raison de cette exception est fondée sur ce que l'auteur de la substitution est présumé avoir permis cette hypothèque au préjudice de sa substitution.

181. Nous avons traité tout ce qui concerne cette exception en notre *Traité des Substitutions*, où nous renvoyons.

182. Pour que l'extinction du droit de propriété de celui qui a constitué les hypothèques entraîne l'extinction des hypothèques qu'il a constituées, il faut que cette extinction de son droit de propriété arrive *ex causâ antiquâ et necessariâ*, c'est-à-dire que, dès le temps qu'il a constitué l'hypothèque, son droit de propriété fût résoluble *in aliquem certum casum qui ab ipso non penderet.* Si au contraire, celui qui a constitué l'hypothèque avait alors un droit de propriété irrévocable, et que son droit n'ait été éteint que par quelque cause nouvelle et procédant de son fait, cette extinction de son droit de propriété n'entraînera pas celle des hypothèques qu'il a constituées.

Par exemple, lorsque le donataire d'un héritage l'a hypothéqué, la révocation de la donation, pour cause d'ingratitude, qui survient depuis, n'éteint pas l'hypothèque.

183. Pareillement lorsque celui qui a pris un héritage à

titre de rente foncière l'a hypothéqué, et le déguerpit ensui . le déguerpissement n'éteint pas l'hypothèque du créanci r, qui peut le faire vendre à la charge de la rente pour laquelle il a été déguerpi.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 26, *art.* 1. } L'hypotheque demeure éteinte par la résolution du droit qu'avoit le débiteur sur le fonds hypothéqué, quand la résolution procede d'une cause nécessaire et antérieure à l'hypotheque.

---

* 2 *Troplong, Priv. et Hyp., sur art.* 2180 *C. N., n*° 888 *et s.* } 888. Une cinquième cause d'extinction de l'hypothèque a lieu lorsque celui qui l'a concédée n'avait sur la chose qu'un droit résoluble ou conditionnel, et qu'il vient à être évincé. Dans ce cas, les hypothèques qu'il a concédées sont anéanties par la règle : " *Resoluto jure dantis, resolvitur et* " *jus accipientis.*"

Ainsi, si l'héritier hypothèque la chose léguée sous condition, pendant que la condition est encore en suspens, l'hypothèque doit disparaître dès le moment que la condition ne se réalise pas : c'est la décision des lois 3, C., *Com. leg.*, et 13, § 1, Dig., *de pignorib. et hyp.* (1).

Il en est de même dans le cas où la vente a été faite avec pacte commissoire et où le contrat se trouve résolu, si l'acheteur ne satisfait pas aux conditions stipulées (2).

(1) Add. " Ainsi, dit Duranton, n. 340, dans le cas où un légataire d'immeubles sous condition a hypothéquée ces immeubles pendant que la condition était encore en suspens, ainsi qu'il l'a pu évidemment d'après cet article, si la condition est venue à manquer, l'hypothèque se trouve sans effet, comme constituée *à non domino*. Et si l'héritier grevé du legs a hypothéqué les mêmes biens, ainsi qu'il l'a pu aussi incontestablement d'après cette même disposition, et que la condition mise au legs soit venue à s'accomplir, les hypothèques créées par lui sont inefficaces, et ce sont celles qui ont été établies par le légataire, qui ont effet."

(2) L. 3, Dig., *Quib. mod. pign.* Vinnius, *Quæst. select.*, lib. II, c. 5. Voet, lib. XX, t. VI, n. 8.

Add. Op. conf. de Persil, *Rég. hyp.*, art. 2180, n. 10 et 11; de Carrier,

Le fondement de ces décisions est que personne ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même (1). Le débiteur, n'ayant qu'une propriété révocable ou résoluble, n'a pu transmettre à son créancier qu'un droit d'hypothèque de même nature.

Au surplus, je renvoie à ce que j'ai dit sur l'application de la règle : *Resoluto jure dantis*, etc., et ses limitations, en commentant l'article 2125 du code civil (2).

n. 303. " Sauf l'exception portée au titre *des Absents*, dit Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 204, le droit de ceux qui ont obtenu l'envoi en possession définitive est résoluble, dans le cas de retour de l'absent ou de ses descendants ; et cependant les hypothèques consenties par eux sont irrévocables. Mais cela a été établi *bono publico ;* il fallait bien fixer un terme après lequel les biens de l'absent dussent rentrer dans la circulation."

Op. conf. de Duranton, n. 341. " Voyez pour exemple, dit Ernst, p. 292, les articles 865, 954, 963 et 952; vous trouverez un exemple du contraire dans l'article 958, dont le motif est que la révocation n'a lieu que pour une cause nouvelle et non inhérente ou tacitement contenue dans l'aliénation, et alors cette règle n'est plus applicable."

Op. conf. de Battur, n. 754. Dalloz dit, n. 36 : " Mais, ainsi que le fait observer Pothier, pour que l'extinction du droit de propriété de celui qui a constitué les hypothèques entraîne l'extinction des hypothèques qu'il a constituées, il faut que cette extinction de son droit de propriété arrive *ex causâ antiquâ et necessariâ*... Si, au contraire, celui qui a constitué l'hypothèque avait, dès le temps qu'il a constitué l'hypothèque, un droit de propriété irrévocable, et que son droit n'ait été éteint que par quelque cause nouvelle et procédant de son fait, cette extinction de son droit de propriété n'entraînera pas celle des hypothèques qu'il a constituées. Par exemple, lorsque le donataire d'un héritage l'a hypothéqué, la révocation de la donation, pour cause d'ingratitude, qui survient depuis, n'éteint pas l'hypothèque. L'article 958 du code civil en a une disposition expresse."

Voy. *suprà*, n. 867 14°, l'opinion de Duranton.

(1) L. 54, Dig., *de reg. juris*.

(2) N. 465 et suiv., et 843. *Junge* mon *Commentaire de la Vente*, n. 775. Add. Battur dit, n. 746 : " Si, par le moyen d'une action en revendication, en rescision ou en nullité, je suis évincé de l'immeuble que vous m'aviez vendu, l'hypothèque que j'avais sur cet immeuble avant mon acquisition doit revivre, et il n'est pas même nécessaire pour cela que le

888 2° (1).

domaine *retro defuisse*, puisque, si je suis évincé par un créancier qui m'est postérieur en date, mon droit revit encore avec sa prérogative (L. 1, C., *si antiquior cred. pign. vend.*; L. penult., § 1, ff. *de except. rei judic.*) : ce qui suppose toujours que le domaine était révocable par une cause inhérente à l'acquisition."

Battur ajoute, n. 756 : " Il résulte du principe que la résolution a lieu de plein droit que le cautionnement ou les hypothèques consenties pour sûreté du contrat s'évanouissent de plein droit, et qu'elles ne pourraient revivre par une renonciation qui serait faite à la résolution du contrat. Il faudrait limiter ce principe dans le cas où la renonciation n'aggraverait point l'obligation de la caution personnelle ou hypothécaire."

(1) Add. *De l'action en nullité ou en rescision.—L'hypothèque consentie par un tiers pour sûreté de l'engagement contracté par le mineur subsiste toutes les fois que la restitution du mineur n'anéantit pas l'obligation des fidéjusseurs.*

Battur dit, n. 743 : " Le dol, l'erreur, la surprise, donnent lieu à la rescision ou à la restitution en entier qui sont prises dans le même sens, quoique l'une s'applique à l'acte rescindé, l'autre aux effets que la rescision doit produire. Les autres manières d'anéantir les engagements font cesser les engagements ; mais les rescision et restitution frappent leur validité. (Domat, *Lois civiles.*)

" La rescision étant fondée sur des faits, on ne l'ordonne qu'en connaissance de cause.

" La rescision a lieu contre les tiers détenteurs.

" L'héritier peut être relevé du chef du défunt.

" La rescision entre majeurs remet les choses au même état ; entre mineurs, le prix est restitué s'il a tourné à leur profit.

" Si les chefs sont distincts, la rescision peut n'en frapper que quelques-uns.

" S'ils sont liés entre eux, la rescision s'étend à tous.

" La rescision d'une partie peut frapper le tout : si un tuteur avait vendu un fonds commun entre son mineur et lui, et que le mineur se fît relever, l'acquéreur pourrait obliger le tuteur à reprendre sa portion, car il voulait le tout. (Domat, *loc. cit.*)

" La simple lésion (article 1305) donne lieu à la rescision en faveur des mineurs émancipés *contre toutes sortes de conventions.* Deux motifs le font ainsi décider, dit Domat : 1° la faiblesse de leur âge ; 2° le peu de fermeté de leur conduite par défaut d'expérience : d'où il suit que la rescision a lieu pour eux indépendamment du dol, de l'erreur, de la vio-

ıence. Cependant le mineur n'est pas relevé indistinctement, il n'est pas relevé de ce qui a été fait pour de justes causes. Si un mineur s'est fait passer pour majeur, il n'y a pas lieu à restitution ; mais sa simple déclaration de majorité ne fait point obstacle à sa restitution. Il n'est pas restitué contre la lésion qui ne résulte que d'un événement imprévu et casuel ; car tout autre majeur en aurait souffert (article 1306). Le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris en raison de son commerce ou de son art (article 1308). Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites (article 1309) avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que l'engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution (article 1311).

" Hors ces cas, le mineur est relevé de toutes lésions résultantes de toutes sortes d'actes indistinctement (Domat, *Lois civiles*) : 1° pour prêt, société ou autres conventions, s'il est lésé , 2° pour novation, quittance, de payement, si l'emploi n'est point utile ; 3° pour l'alternative, s'il a mal choisi ; 4° en général, pour tout ce qu'il a pu faire, choisir ou manqué de faire, d'où il lui résulte quelque préjudice, s'il a manqué quelques profits, par exemple, s'il a été surpris et trompé par ses associés. Il est relevé pour éviter des procès ou affaires difficiles ; il est relevé d'un compromis, quoique autorisé de son tuteur ; d'une omission, s'il manque de payer dans le temps le prix d'une vente consentie sous une clause résolutoire ; d'un prêt, s'il n'y a pas emploi utile des deniers.

" La restitution du mineur n'anéantit pas l'obligation des fidéjusseurs, à moins qu'elle ne fût fondée sur quelque dol ou autre cause semblable. Il résulte de là que l'hypothèque, cautionnement réel consenti par un tiers pour sûreté de l'engagement contracté par le mineur, subsisterait toutes les fois que la restitution du mineur n'anéantirait pas l'obligation des fidéjusseurs. Il y a absolument même raison de décider, et c'est un nouvel exemple d'une hypothèque qui survit à l'anéantissement de l'engagement principal. Le fondement de cet décision est que la restitution du mineur est tout entière prononcée dans son intérêt ; la disparition de l'engagement à son égard ne laisse pas moins subsister une obligation naturelle, susceptible de cautionnement ou d'hypothèque. Lorsque, au contraire, la restitution du mineur est fondée sur le dol ou autre cause semblable, elle s'opère par l'effet des règles communes aux mineurs et aux majeurs, qui ne permettent pas qu'un engagement vicié par le dol, la violence ou l'erreur, puisse laisser après lui aucune trace, même d'obli-

888 3° (1).

gation naturelle ; et par suite, le cautionnement et l'hypothèque n'ont plus aucun fondement.

" Les mêmes raisonnements s'appliquent au mineur émancipé, pour tout ce qui excède les bornes de sa capacité.

" Voilà pour la restitution des mineurs."

(1) Add. *La vente qu'un tuteur aurait faite de l'immeuble de son pupille, sans formalités de justice, peut être garantie par une hypothèque qui survit à l'annulation.*— Battur dit, n. 744 : " Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou interdits, soit pour aliénation de leurs immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité, ou avant l'interdiction (article 1314) ; mais, quand ces formalités n'ont pas été remplies, il s'ouvre pour eux une action en nullité contre ces sortes d'actes qui sont nuls, parce qu'ils ne reposent point sur le consentement du pupille, qui n'existe et ne se constitue que par l'accomplissement des formalités prescrites par la loi.

" Ceci mérite quelques développements.

" Le mineur, à raison de la faiblesse de son âge, ne peut point, aux yeux de la loi, prêter de consentement fondé sur cette liberté de volonté et cette fermeté de raison qui n'échoient en partage qu'à un âge plus avancé. La loi, veillant avec une tendre sollicitude sur cet être intéressant, lui donne toute la latitude compatible avec ses intérêts pour améliorer sa condition ; mais, quand il s'agit de le dépouiller d'une propriété immobilière, ou de l'hypothéquer, d'emprunter une somme, d'accepter ou de répudier une succession, ou de faire un acte qui peut entraîner des suites graves pour lui, et des engagements sérieux, la loi l'enlace dans de salutaires entraves ; elle trace à son représentant dans la vie civile, à son tuteur, la marche qu'il doit suivre pour garantir de si précieux intérêts ; et le sévère accomplissement de ces formalités donne seul au consentement du mineur l'être et une forme probante.

" A défaut de ces formalités, l'acte est nul.

" Toutefois, la loi veillant toujours aux intérêts du pupille, n'annule ces actes qu'en tant qu'ils lui sont nuisibles, et qu'il les jugera tels à sa majorité ; elle interdit à ceux qui ont contracté avec lui d'en opposer la nullité ; cette nullité est relative. La vente n'en est pourtant pas moins essentiellement nulle respectivement aux tiers qui acquerraient après coup, dans les formes légales, des droits sur l'immeuble ; et la ratification qu'en pourra faire le mineur à sa majorité ne rétroagira point, comme nous l'avons démontré. C'est le dernier effort de la vigilante sollicitude de la loi, de conserver au mineur le droit de valider cette

vente par sa ratification ; elle ne peut aller jusqu'à ravir des droits légitimement acquis à des tiers.

" Cependant, puisque cette vente n'est pas nulle de droit, la loi trouve donc dans le contrat une obligation naturelle qui sert de base à sa conservation, lien uniquement fondé sur l'intérêt du mineur dont on veut, par toutes les voies possibles, rendre la condition meilleure. Cette obligation naturelle devient civile, quand le mineur a profité de la convention : car il ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui ; et si un tiers vient, par un cautionnement personnel ou hypothécaire, garantir l'acquéreur du péril de l'éviction, comme l'acquéreur a légitimement pu espérer que sa vente se consoliderait un jour par la ratification du mineur, ce cautionnement repose sur une base avouée par l'équité et par la loi ; et, nonobstant l'annulation de la vente prononcée sur la demande du mineur, ce cautionnement et cette hypothèque produisent tout leur effet relativement à l'action en garantie que l'acquéreur a pleine et entière contre la caution personnelle ou hypothécaire.

" Que si la vente, au lieu d'avoir été consentie par le mineur lui-même, l'a été par son tuteur sans observation des formalités de justice, elle est toujours infectée de la même nullité ; mais elle ne présente plus le lien d'une obligation qui puisse être le fondement d'un cautionnement ou d'une hypothèque, à moins que l'acquéreur ne soit de bonne foi : elle est nulle comme vente du bien d'autrui, et cependant la nullité n'en peut encore être opposée que par le mineur.

" Tels n'étaient point les anciens principes. Le titre LI *de Rebus alienis non alienandis* défendait, à la vérité, d'aliéner la chose d'autrui par le premier des deux chefs qu'il renfermait, et c'est à ce premier chef que se rapportent la plupart des lois qu'il contient. Le second chef traite du cas où l'aliénation ou l'hypothèque se fait contre la prohibition de l'homme ou de la loi. Ainsi, en règle générale, la chose d'autrui ne pouvait être aliénée.

" Mais le texte *in rem alienam*, ff. *de contrah. empt.*, qui permettait de vendre la chose d'autrui, n'en conservait pas moins toute sa force, parce qu'autre chose était de vendre, autre chose d'aliéner : par l'aliénation ou l'hypothèque, on transférait le domaine de la chose, ou un droit réel dans le domaine de la chose ; par la vente, au contraire, on s'obligeait à faire avoir à l'acheteur la chose vendue, sinon à le garantir de l'éviction.

" Il résultait de là que le tuteur pouvait vendre l'immeuble de son pupille, et que cette vente, quoique non revêtue des formalités de justice, produisait l'action *evictionis nomine* dans le cas où le pupille n'aurait pas ratifié cette vente nulle dans son intérêt. Le tuteur ou le curateur pouvait donc valablement consentir une hypothèque pour sûreté de cette

vente ou pour garantie du péril d'éviction. C'était la disposition de la loi 2, l. *prædiorum* 10, l. *si prædium* 16, C., *de præd. et aliis reb. min. sine decret. non alienandis*. Ainsi, nonobstant que la vente des immeubles des pupilles fût nulle *ipso jure*, sans décret du juge, *tamen si tutor aut curator pignora ex rebus propriis emptori ob evictionis periculum obligaverit, eorumdem persecutio emptori patet*. L. *et si is* 9, C., *de præd. et aliis reb. minor.*

" Le principe s'appliquait à tout immeuble qui n'était pas hors du commerce ; mais, s'il était hors du commerce, tel que les biens substitués qu'il était défendu au grevé d'aliéner, et dont la vente ne se pouvait consolider parce qu'ils étaient réputés hors du commerce, il n'y avait plus de vente, plus de garantie, plus de dommages et intérêts, ni par conséquent d'hypothèque valablement consentie.

" C'est donc l'espérance légitime que la vente pourrait un jour produire tout son effet, espérance qui ne se pouvait appliquer qu'aux choses qui étaient dans le commerce, qui validait la vente du bien d'autrui.

" Et, pour en revenir au cas particulier, le pupille pouvait, à sa majorité, valider cette vente par sa ratification, laquelle n'excluait point entre les mains du mineur le remède de la loi 2, C., *de rescind. vend.*, si le mineur qui avait ratifié articulait une lésion d'outre moitié (l. 1, C., *si major fact. alien. fact. sine decret. rat. hab.*) C'était l'avis de Pérèze, au Code, et de Brunemann, que si le tuteur qui avait fait l'aliénation devenait l'héritier du pupille, il la devait maintenir pour la part pour laquelle il était héritier ; l'équité ne permettant pas qu'il revînt contre son propre fait, non pour l'utilité d'autrui, mais pour son propre avantage (arg. l. penult., ff. *de fundo dot.* ; l. *post mortem*, 25, ff. *de adopt.*) ; et, dans ce cas, il ne se faisait point de confusion de l'hypothèque qu'il avait consentie *ob evictionis periculum* ; que si le tuteur, ou le père du pupille, ou un étranger avait vendu sans décret la chose du pupille, et que le pupille fût devenu ensuite l'héritier de celui qui faisait l'aliénation, le pupille devait confirmer et maintenir l'aliénation.

" Le code civil a changé cette jurisprudence en ce qu'il déclare nulle, par l'article 1599, la vente de la chose d'autrui : elle peut toutefois, aux termes de cet article, donner lieu à l'action en garantie, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. La vente est en effet, dans ce cas, un titre putatif, qui, reposant sur une juste erreur de fait, servirait de base à la prescription, à la perception des fruits, et elle doit donc, par la même raison, produire l'action en garantie, en faveur de l'acquéreur de bonne foi.

" Ainsi la vente qu'un tuteur aurait faite de l'immeuble de son pupille, sans formalités de justice, quoique nulle comme vente de la chose d'au-

888 4° (1).

trui, n'offrirait pas moins matière à hypothèque, si l'acquéreur était de bonne foi, et s'il ignorait que l'immeuble appartînt à un mineur. Cette vente produirait une action en garantie de la part de l'acheteur contre le tuteur ; et, si ce tuteur avait donné une hypothèque sur ses propres biens, *ob evictionis periculum*, il est évident que cette hypothèque aurait un fondement réel dans l'indemnité ou la garantie due par le tuteur à l'acheteur de bonne foi. Toutefois la nullité de cette vente ne serait pas moins relative, et opposable seulement par le mineur, comme l'étaient les nullités dérivant des aliénations faites sans interposition de décret, lesquelles, quoique nulles de droit, se maintenaient cependant par la seule volonté du mineur et sa ratification, même *invito adversario.* (Par le mot *aliénation,* on entendait la translation du domaine ou l'impression d'un droit réel, et non la vente proprement dite.) "

(1) Add. *Effet de la consolidation sur la tête du débiteur qui a conféré hypothèque avant cette consolidation.*— Battur dit, n. 747 : " En supposant qu'une personne eût de bonne foi acheté un immeuble appartenant à autrui, cette vente serait-elle consolidée par l'acquisition qu'en ferait après coup le vendeur, ou s'il en devenait ensuite propriétaire avant que la nullité eût été prononcée ? En conséquence, les hypothèques consenties par l'acquéreur avant que son vendeur fût propriétaire et eût, par un nouvel acte, investi cet immeuble de son droit de propriété, seront-elles valables ?

" La vente de la chose d'autrui est nulle, porte l'art. 1599 : le seul effet qu'elle puisse produire est de donner lieu à une indemnité ou action en garantie, quand la vente est putative, et qu'il y a juste erreur de fait et bonne foi de la part de l'acquéreur ; autrement, la restitution de la somme payée est la seule chose que le prétendu acheteur puisse réclamer. Vainement le vendeur aurait-il, après coup, acheté l'immeuble, ou en serait-il devenu propriétaire de quelque autre manière : ce titre nouveau a suffi pour l'investir du droit de propriété de l'immeuble, mais non pour en investir l'acquéreur, à qui rien n'a pu être trausmis d'un droit qui n'existait point encore sur la tête du vendeur. Ce qui le démontre complétement, c'est que si le propriétaire primitif avait hypothéqué son immeuble après la vente dont il s'agit, et avant que le vendeur en fût devenu propriétaire, ces hypothèques seraient valables, et produiraient leur plein et entier effet : or il impliquerait que l'acheteur fût réputé propriétaire en vertu de l'acte de vente, et que des hypothèques postérieurement consenties du chef d'un autre frappassent l'immeuble : donc la propriété de cet immeuble n'est pas censée avoir résidé sur la tête de l'acquéreur avant l'acquisition du droit de propriété du vendeur ; donc

les hypothèques consenties dans l'intervalle par l'acquéreur sont de nul effet. Mais, si la propriété de l'immeuble n'a pas été transmise à l'acquéreur en vertu de cet ombre de vente, comment peut on prétendre, avec quelque apparence de fondement, que le droit de propriété du vendeur lui est transmis, après coup, sans nouvel acte ? Ne faut-il pas au moins qu'une ratification de cet acte nul opère entre le vendeur et l'acquéreur la translation de ce droit de propriété : acte de ratification qui, sans rétroagir à l'égard des tiers, ressuscitera l'acte de vente, et lui rendra son caractère essentiel, qui est la translation de la propriété. Prenons bien garde, en effet, que la vente n'est plus aujourd'hui ce qu'elle était autrefois : c'était en droit romain un contrat *do ut facias ;* l'acheteur devait payer le prix de manière à ce que le vendeur en obtint la propriété, *ut emptor pretium solvat, faciatque accipientis* (l. 28, ff. *de contr. empt. vend.*) ; le vendeur au contraire, ne s'engageait point à transmettre à l'acquéreur la propriété de la chose, mais seulement la possession et la libre jouissance, *venditor vero præstet emptori rem habere licere, nec transferat rei venditæ dominium, sed ejus tantùm vacuam possessionem tradat* (ff. *ibidem*) : d'où il suit que l'obligation du vendeur n'était qu'une obligation de faire. Si la vente renfermait l'obligation de donner de la part du vendeur, ou de transmettre la propriété à l'acheteur, ce n'était que par forme de conséquence, dans le cas où celui qui livrait la chose en était le propriétaire. Quand il y avait, de la part du vendeur, obligation expresse de donner ou de transférer la propriété, que les parties s'en étaient expliquées d'une manière formelle, et que l'acheteur n'entendait donner son argent qu'autant que la chose deviendrait sa propriété, et non autrement, alors il n'y avait plus vente, mais un contrat innomé, *do ut des.* L'action *ex empto* ne compétait plus à celui qui s'était dit *acheteur ;* mais on y suppléait par l'action *præscriptis verbis,* et même à cause de ce que la dation pouvait avoir de douteux, par l'action *ad cavendum de evictione,* ou l'action *condictio ob causam,* pour la restitution de l'argent, s'il était constant que la chose fût à autrui. Eh bien ! c'est ce dernier contrat, qui ne portait point le nom de vente, qui fait notre vente d'aujourd'hui ; c'est indiquer assez combien elle diffère de celle des Romains, puisque la translation effective de la propriété en fait l'essence (article 1583 du code civil). Il y a plus, it faut que cette translation s'opère sur-le-champ entre les parties ; et, si la propriété n'est pas dans la main du vendeur au moment de la vente, son objet manque, il n'y a point de contrat de vente (article 1583) : ainsi l'immeuble, appartenant à autrui, ne peut être l'objet du contrat de vente. Vainement exciperait-on de l'article 1238 du code civil, deuxième partie ; cet article ne valide le payement fait par le non-propriétaire

588 5° (1).

qu'autant qu'il est question d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, lorsque le créancier l'a consommée de bonne foi; et, si la revendication n'en peut être faite, c'est uniquement à raison de cette consommation faite de bonne foi. Mais ici il n'est pas question d'une chose qui se consomme par l'usage, mais d'un immeuble dont la revendication est très possible; en second lieu, comme il n'y a point de contrat de vente s'il n'y a point de translation actuelle d'un droit de propriété, on ne voit pas comment on peut argumenter de l'article 1238, qui concerne un payement à faire de la part de celui qui est effectivement obligé.

" Il est vrai que ce n'est pas à un vendeur de mauvaise foi à exciper de sa turpitude, et à refuser la tradition de l'immeuble, si elle lui est possible, quand l'acheteur ne s'en plaint pas et qu'il est dans l'erreur: s'il doit être protégé dans sa possession par l'action publicienne, il n'appartient point au vendeur de le priver d'un élément de prescription ou d'un titre putatif.

" Mais si l'acquéreur, revenu de son erreur, demande lui-même la nullité de cette vente, elle ne pourra se soutenir, nonobstant que le vendeur soit devenu propriétaire après l'action en nullité intentée: il est donc bien vrai que cette vente peut être un titre putatif, qui sert de base à la prescription, à l'action en garantie, etc.;... et c'est précisément ce qui prouve qu'elle est, par sa propre vertu, incapable de transférer actuellement la propriété; car la prescription serait alors inutile et cesserait.

" Un arrêt de la cour de Lyon a jugé conformément à l'opinion que nous émettons ici, dans une espèce où le vendeur était devenu propriétaire après l'action en nullité intentée et avant le jugement. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par arrêt du 16 janvier 1810 (Sirey, X, 1, 204); c'était l'acquéreur qui demandait la nullité de la vente; et elle fut prononcée."

(1) Add. Quid *des hypothèques consenties par l'acquéreur lorsque la vente est rescindée pour lésion énorme?*—Battur dit, n. 748: " On a beaucoup agité la question de savoir si, la vente étant rescindée pour cause de lésion énorme, et l'immeuble hypothéqué, avant cette rescision, par l'acheteur, l'immeuble retournait au vendeur franc et quitte de toute hypothèque consentie, ou à la charge des hypothèques qu'avait l'acheteur. Bartole soutenait la négative, Balde l'affirmative; et l'une et l'autre opinion eurent des sectateurs distingués.

" Voet, adoptant un tempérament entre ces deux décisions opposées, distingue, tit. VI, lib. XX, *quib. mod. vel hyp. solvitur*, n. 9, si le vendeur agit en vertu de la loi 2, C., *de rescind. vend.*, pour vileté de prix, ou

si c'est l'acheteur, au contraire, pour avoir acheté l'immeuble beaucoup plus qu'il ne valait. Dans le premier cas, il tient l'affirmative ; parce que l'acheteur ne s'est départi du contrat que comme contraint : *nàm non potest plenum et irrevocabile dominium rei in emptorem translatum esse quamdiù ab emptore pretium justum præstitum non est.* Dans le second cas, la résolution de la vente procédant de la volonté de l'acheteur, Voet estimait que l'hypothèque consentie par lui devait subsister, parce qu'on ne pouvait dire qu'il agissait malgré lui pour éviter la lésion du prix, ou par action rédhibitoire pour vice de la chose. Le code ne reconnaissant d'autre lésion que celle provenant de la vileté du prix, il faut, en adoptant la sage décision de Voet, conclure que l'hypothèque consentie par l'acquéreur avant l'action en rescision s'évanouit ; parce que l'acquéreur est, malgré lui, dépouillé du domaine par une cause inhérente au contrat d'acquisition. Toutefois, si le débiteur veut faire résoudre la vente par rédhibition, le créancier peut exiger que le débiteur pourvoie à sa sûreté en lui donnant le prix rendu, ou en lui laissant la chose pour un prix convenu."

On lit à ce sujet dans Ernst, p. 296 : "Q. 19. L'acheteur a imposé une hypothèque sur l'immeuble acheté, le vendeur fait rescinder la vente pour cause de lésion et l'acheteur rend la chose en retirant le prix, l'hypothèque est-elle éteinte d'après le droit romain ?

" R. 19. Cette question était très-controversée. A Louvain on enseignait et on enseigne encore aujourd'hui ici la négative, parce qu'il n'y a pas de résolution dans ce cas, et s'il y a révocation de la propriété, cette révocation n'est pas indépendante de la volonté de l'acheteur, puisque celui-ci peut empêcher cette révocation en suppléant ce qui manque au juste prix. Telle est aussi l'opinion de Bartole et de plusieurs autres. Mais Pothier, dans son *Traité du Contrat de vente*, n. 371, en s'appuyant aussi sur l'autorité de plusieurs auteurs, est de l'opinion contraire : il s'appuie sur le principe que l'acheteur n'a pu accorder plus de droits qu'il n'en avait lui-même, et sur ce que la révocation n'est pas le résultat de la volonté particulière de l'acheteur, mais d'une cause inhérente au contrat et résultant de la loi ; que s'il a pu éviter la révocation, il n'est pas moins vrai que son obligation était de délaisser la chose, et que le supplément du prix ici est *in facultate solutionis* et non *in obligatione.*

" Q. 20. L'est-elle d'après le code ?

" R. 20. Il paraît que oui : on a adopté la doctrine de Pothier, car d'abord cela résulte du paragraphe de l'art. 1681, qui accorde l'action en rescision contre un tiers possesseur, ce qui prouve qu'elle n'a pas seulement effet contre l'acquéreur, comme on le soutenait en droit romain, mais encore contre des ayants cause ; cela résulte de l'inscrip-

888 6° (1).

tion du chapitre VI du titre *de la Vente*, sur lequel se trouvent les règles relatives à la rescision de la vente; enfin cela résulte évidemment de l'article 1658, puisqu'il y est dit en termes exprès que le contrat de vente peut être résolu par la vileté du prix, qui est la cause de la rescision; or une résolution opère vis-à-vis des tiers, puisqu'elle met le tout dans le même cas que si rien ne s'était fait (art. 1183).

" Q. 21. Que peut faire dans ce cas le créancier hypothécaire?

" R. 21. Il peut, a dit M. le professeur Van Hoogten, intervenir dans l'action pour la conservation de ses droits, et suppléer le prix lorsque l'acheteur ne veut pas le suppléer. On peut s'appuyer à cet égard, a-t-il ajouté, sur le paragraphe de l'article 1681, parce que le créancier hypothécaire peut en quelque sorte être envisagé comme tiers possesseur à raison de son droit réel. Pothier, *loc. cit.*, est du même avis.

" Remarquez que lorsque le créancier acquitte le supplément du juste prix, il doit être subrogé au privilége du vendeur de plein droit; il est dans le cas du n. 1 de l'article 1251, car il paye un créancier qui lui est préférable, et il a intérêt de le payer, du moins on pourrait le soutenir.

" Je ne sais trop comment cela se ferait si le créancier voulait fournir le supplément, et si l'acheteur ne voulait pas de la chose au juste prix, car on ne peut pas forcer celui-ci à acheter une chose au delà du prix qu'il veut en donner."

Jurisprudenee.—La rescision d'une vente n'a pas l'effet de faire revivre contre le vendeur au profit duquel elle s'est opérée, et de reporter à leur ancienne date, les hypothèques dont les créanciers avaient donné mainlevée à l'acquéreur sur la foi de ses promesses. Cass., 10 décembre 1806 (Sirey, VI, 1, 493).

(1) Add. *L'héritier à réserve qui fait résoudre les aliénations à titre gratuit, consenties en fraude de ses droits par son auteur, est-il passible de l'exception de garantie au profit des créanciers hypothécaires?*—Battur dit, n. 749: " L'héritier peut faire résoudre les aliénations à titre gratuit, consenties en fraude de ses droits par son auteur, et, par suite, les hypothèques que les tiers acquéreurs auraient pu consentir sur les immeubles aliénés, sans qu'on puisse repousser cet héritier par l'exception de garantie: *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, pourvu toutefois que cet héritier ait droit à une réserve. Vainement dirait-on que l'héritier, exerçant l'action révocatoire, n'est point admissible contre le fait du défunt, qu'il n'arguë pas de nullité ou de simulation, mais seulement de fraude (*a*); qu'en conséquence il est tenu

(*a*) L. *filios*, C., *de revoc. his quæ in fraud, credit.*;—L. *rem alienam*, ff. *de pignorat. act.*

du fait du défunt, et qu'il ne peut y contrevenir même à raison du droit qu'il aurait de son chef, et non comme héritier (*a*) ; car ces exceptions ne peuvent être accueillies quand le fait du défunt tend à frauder l'héritier du bénéfice qui lui est accordé par la loi sur les biens du défunt ; et cela pour qu'on ne puisse pas, par des conventions privées, rendre illusoires des dispositions d'ordre public (*b*).

C'est parmi les docteurs une grande question que celle de savoir si cette action en révocation des aliénations faites en fraude de l'héritier pouvait s'appliquer aux aliénations faites à titre onéreux. La commune opinion était qu'on ne pouvait accorder au fils aucune action en révocation des biens aliénés à titre onéreux par son père, à moins que la vente ne fût simulée ou faite pour un prix trop vil ; et, dans ce cas, Bartole, Balde et autres sectateurs de cette opinion, considéraient que la chose aliénée, en tant qu'elle valait davantage, retombait dans le domaine du défunt, et qu'ainsi il y avait ouverture à la querelle de donation inofficieuse, qu'ils accordaient seule aux fils légitimaires, leur refusant tous autres remèdes révocatoires.

" Pareillement, s'il n'apparaissait pas du payement du prix, autrement que par la déclaration du défunt consignée dans un contrat, ils admettaient la querelle d'inofficiosité jusqu'à concurrence de la légitime par rapport à laquelle le père ne pouvait pas, par un simple aveu fait même dans un contrat, comme par une donation, préjudicier à son héritier.

Cependant Alexandre tenait, contre l'opinion commune, que l'action *de dolo* était donnée à l'héritier contre celui qui avait acheté, comme complice de la fraude commise à son préjudice ; et Dumoulin, abondant avec force dans le sens d'Alexandre, se joignait à lui pour combattre cette opinion commune, et professait solennellement et avec une pleine et entière confiance, que l'aliénation faite en fraude de l'héritier devait être révoquée non-seulement si elle était faite à titre gratuit, mais même si elle était consentie à titre onéreux, et il faisait ressortir la forte nuance qui distinguait, à cet égard, la querelle d'inofficiosité, de la révocation des objets aliénés en fraude des créanciers ou en fraude de l'héritier. Dans la querelle d'inofficiosité d'une donation, il n'était pas nécessaire d'alléguer ni de prouver l'intention de la fraude ; parce que, comme cette plainte ne tendait à faire révoquer les donations, et par conséquent les aliénations faites à titre lucratif, que jusqu'à concurrence de la légitime due par le droit naturel, et réglée par la loi positive, il suffisait

(*a*) L. *cùm à matre*, C., *de rei vindic.*

(*b*) Text. in authentic. *de nupt.*, § *sed hæc quidem ;* text. in l. 2, C., *si quid in fraudem patronis.*

888 7° (1).

qu'une telle légitime fût fraudée *re ipsâ*. Il en était autrement des actions révocatoires des objets aliénés à titre onéreux, en fraude des créanciers ou en fraude de l'héritier, parce qu'il fallait alléguer et prouver d'une manière précise l'intention de la fraude (*a*), et que l'événement de cette fraude *re ipsâ* ne suffisait point *absque consilio*. Ainsi, pour la révocation de l'immeuble aliéné à titre lucratif, il suffirait, selon Dumoulin, qu'il apparût de la fraude *re ipsâ ;* mais, quant à l'aliénation à titre onéreux, il devait être constant que l'acquéreur avait participé à cette fraude ; et on devait se borner, en tant que la révocation s'opérait, à faire réfusion à l'acquéreur du prix ou autre chose payée à l'auteur qui avait aliéné.

"Nous ne doutons pas que l'action utile en révocation des aliénations à titre onéreux, faites en fraude de l'héritier légitimaire par le défunt, doive être maintenu sous le code. Ces aliénations, en tant qu'elles sont frauduleuses, ressemblent à une donation véritable ; et, sous ce rapport, il est juste qu'elles soient révoquées, nonobstant qu'il n'y ait ni lésion ni simulation, et que l'acte soit, au reste, une vente véritable. Cette vente, en tant qu'elle est entachée de fraude, et qu'elle entame, sous ce regard, la légitime, doit donc être révoquée, sauf au révoquant à faire réfusion à l'acquéreur du prix ou autre chose par lui donnée à son auteur. Ainsi, nous adoptons entièrement l'extension donnée par Alexandre et Dumoulin à l'édit *quæ in fraudem*, comme très-morale et conforme aux principes."

(1) Add. *Quand l'acquéreur est évincé, les hypothèques qu'il avait avant l'acquisition revivent.*—Battur dit, n. 750 : "De quelque manière donc que se résolve l'acquisition de l'immeuble, pourvu que ce soit *ex causâ resolutivâ inexistente acquisitioni*, les hypothèques consenties par l'acquéreur sur cet immeuble s'évanouissent, et celles qu'il pouvait avoir anciennement revivent régulièrement.

" Lorsqu'une vente a été faite sous pacte de réméré, et que le vendeur exerce le rachat, l'aliénation se résolvant par une cause de révocation inhérente au contrat d'acquisition, les hypothèques du chef de l'acquéreur s'évanouissent ; et celles qu'avait d'abord l'acquéreur sur l'immeuble, et qui s'étaient amorties par la confusion, revivent.

" Il en serait autrement si c'était par son fait que le débiteur eût perdu son droit, comme si, pouvant se défendre d'une éviction ou d'un rachat, il y donnait les mains. Dans ces cas et autres semblables, le créancier peut exercer les droits de son débiteur pour conserver les siens. (L. penult., C., *de non numer. pecun.*)"

(*a*) L. *qui autem et per totum*, ff. *quæ in fraudem*.

[ARTICLE 2081 § 2.]

888 8° (1). 888 9° (2). 888 10° (3).

(1) Add. *Dans certains cas, la résolution de l'aliénation ne fait pas évanouir les hypothèques créées du chef de celui à qui le domaine a été transféré.*—Battur dit, n. 753 : "Il faut limiter le principe général que nous avons posé, que la résolution de l'aliénation fait évanouir les hypothèques créées du chef de celui à qui le domaine a été transféré, dans le cas où le donateur aura stipulé le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants (article 951 du code civil). L'effet de ce droit de retour est, il est vrai (article 952), de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur francs et quittes de toutes charges et hypothèques ; mais l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales est conservée à la femme, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage, duquel résultent ces droits et hypothèques."

(2) Add. Quid *des appelés héritiers des grevés d'une substitution fidéicommissaire, et qui réclament le désistement des immeubles aliénés malgré la transcription ?*—Battur dit, n. 755 : "Les auteurs qui ont écrit depuis le code civil ont été divisés sur la question de savoir si les appelés, lorsqu'ils sont héritiers des grevés d'une substitution fidéicommissaire, peuvent réclamer le désistement des immeubles aliénés malgré la transcription, et s'ils ne sont pas non recevables dans leur demande, d'après la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio ?* Cette circonstance ne pourrait empêcher l'éviction de la part des appelés, par deux raisons : la première, parce qu'il ne peut être dérogé, par le fait du défunt, à des dispositions d'ordre public ; la seconde, parce que le grevé, n'ayant qu'une propriété résoluble, a fait une vente du bien d'autrui, laquelle est essentiellement nulle.

"Telle était la disposition de l'article 31 du titre II de l'ordonnance de 1747, fondé sur les véritables principes.

"Mais, comme les appelés sont héritiers du grevé, ils ne pourront se dispenser, pour parvenir au désistement, de rembourser à l'acquéreur évincé le prix de la vente, les améliorations et les loyaux coûts. Ils ne pourront aussi, en la même qualité, se dispenser du remboursement des créances pour lesquelles les biens substitués auraient été hypothéqués. (Voyez Grenier, *Traité des Don. et testam.*)"

(3) Add. *Examen de la question de savoir quand la ratification a lieu sous condition ou* SUB MODO *quant aux hypothèques données après cette ratification.*—Battur dit, n. 757 : "Nous croyons devoir encore présenter

ici une difficulté, qui a donné lieu aux discussions les plus savantes, dont nous retracerons l'analyse substantielle ; et cette analyse ne sera point inutile, puisqu'il est très-important de savoir quand l'obligation a été contractée sous une condition suspensive ou résolutoire, ou quand elle est pure, à raison des effets qu'elle opère, dans ces différents cas, sur les accessoires, tels que cautionnement, hypothèques, etc... Quand elle est pure et qu'elle opère novation, les cautionnements et hypothèques de la première obligation sont irrévocablement éteints ; quand elle est conditionnelle et que la condition est suspensive, les cautionnements et hypothèques de la première ne sont point éteints, si la condition n'est point apurée, la novation n'étant alors que conditionnelle. Quand elle est contractée sous une condition résolutoire, l'événement de cette condition résolutoire résout le contrat de novation, mais ne fait revivre ni le cautionnement ni les hypothèques de la première obligation.

" Supposons que Caïus ait consenti, en minorité et sans formalités de justice, la vente d'une maison à Titius ; que, parvenu à sa majorité, il ait transigé avec Titius, entre autres objets, sur l'action en nullité, qu'il avait le droit d'intenter, de la manière suivante : " Pour demeurer quitte " de l'action en nullité, que Caïus a le droit d'intenter contre Titius, " Titius sera tenu et promet de payer, dans la Saint-Remy, la somme de " quatre cents livres tournois ; *et, en ce faisant*, a ledit Caïus confirmé, " ratifié et approuvé, confirme, approuve et ratifie la vente de ladite " maison." Titius après cette transaction, consent des hypothèques sur cette maison ; mais il arrive qu'il ne paye point dans le délai. Caïus revendique alors la maison ; et la question est de savoir si ces mots *et en ce faisant* forment une condition ou un mode. S'ils forment une condition, la transaction est annulée faute de payement dans le terme fixé, et les hypothèques consenties par Titius s'évanouissent comme celle donnée par le péril d'éviction. Dumoulin, dans une espèce analogue à celle qui nous occupe, soutenait que ces mots *en ce faisant* faisaient *mode* et non *condition*, et qu'ainsi la ratification, dans le principe, avait été pure, et avait entraîné avec elle une exécution irrévocable ; et qu'en conséquence, quoique la somme promise n'est pas été payée *in termino*, la transaction n'était pas pour cela résolue, *non propterea resolvi*, dit-il, non plus que la ratification y contenue ; mais qu'il fallait se borner à actionner pour le payement, ou qu'il fallait mettre à exécution l'acte authentique de la transaction pour la somme que Titius offrait de payer.

" Le Châtelet de Paris avait décidé, en 1524, contre l'avis de Dumoulin, que la ratification n'était que conditionnelle, et que, la somme de quatre cents livres n'ayant point été payée à la Saint-Remy, la ratification

était résolue. Dumoulin, nonobstant cet arrêt, a persisté de plus fort dans son opinion ; et elle me paraît fondée.

" Dumoulin fondait cette décision d'abord sur la loi *in civile*, C., *de rei vindicatione*, et la loi *ubi pactum*, C., *de transact.* ; il l'induisait, en second lieu, de la loi *cùm ab eodem*, ff. *de contrahendâ emptione*, et, en troisième lieu, de la théorie de Bartole, suivie par tous les docteurs *in leg. si tu ex parte sextâ in fine*, ff. *de acquirenda vel omitt. hæredit.*, où il professe que, si le gérondif placé *in ablativo* regarde le mot ou le principe du temps futur, il induit une condition ; que si, au contraire, il a trait au mot ou participe du temps présent, il n'induit pas une condition, mais il vient à la modification et à la qualification de l'acte; et ainsi dans l'espèce, la clause *et en ce faisant* se résout, et équivaut à cette clause et à ce gérondif, *in hoc faciendo, quæ est sua vera exponens*, pour se servir des termes de logique, et a trait aux mots du temps passé ou présent, c'est-à-dire à ces mots de la transaction, *il a ratifié et il ratifie ; il a approuvé et il approuve.* D'où il résulte que cette clause n'induit pas *condition* mais *mode ;* et que, par l'effet de cette clause, la ratification qui suit immédiatement n'est point conditionnelle, mais *modalis*, et el le reste pure. Et, comme cette théorie de Bartole trouve fréquemment son application dans la pratique, mais que, cette application pourrait en être périlleuse, Dumoulin explique, de la manière suivante, comment cette théorie, si utile en elle-même, doit être appliquée et entendue.

" Il faut bien remarquer, dit Dumoulin, que Bartole parle du cas où le gérondif ne s'applique et ne peut avoir trait qu'à un mot ou à plusieurs mots connexes, tendant au même but. Ici, au contraire, il est placé au milieu de différentes clauses, et peut avoir trait à des mots divers et séparés. S'il n'avait trait, en effet, qu'à ces mots suivants, *il a ratifié et il ratifie*, qui sont du temps passé et présent, la théorie de Bartole serait concluante pour le défendeur Titius : si, au contraire, il n'avait trait qu'aux mots précédents, il y aurait encore ambiguité sur la question de savoir s'il se réfère aux derniers mots immédiatement précédents, qui sont au futur, *videlicet : payer ladite somme aux calendes d'octobre*, ou s'il se réfère à toute la transaction et à la promesse de payer. Dans le premier cas, la ratification serait conditionnelle, et serait prise comme si elle avait été faite sous cette condition : *si vous avez payé dans tel délai, je ratifie la vente, et non autrement ;* et tel serait l'effet du relatif *ce*, s'il rappelait seulement l'acte de payement futur, immédiatement relaté. Dans le second cas, il faut décider en faveur du défendeur, parce que c'est comme s'il était dit qu'au moyen de la transaction et de la promesse il a ratifié et ratifie. Il ne faut cependant pas entendre ici le gérondif comme rappelant seulement les derniers mots qui touchent immé-

diatement au fait du payement, aux calendes d'octobre, mais comme ayant trait et rapportant le principal même de la disposition, de la transaction et de la promesse qui précède, comme faite et conclue *de præsenti*, et ensemble la ratification qui suit et qui a également été faite *de præsenti*, et n'est point conditionnelle, mais entraîne aussitôt avec soi son exécution.

" Dans le doute, la relation doit se faire non au mot immédiat, ou à la qualité, ou à l'accessoire, mais à la disposition principale ; d'où il suit que ceux-là ont fait erreur qui ont entendu la théorie de Bartole dans l'intérêt du demandeur.

" Toutefois elle n'est pas le principal fondement de la décision de Dumoulin, qui induit sa solution dans l'intérêt du défendeur de la loi *cum ab eodem*, ff. *de contrahend. empt.* Dans l'espèce proposée, la clause de payer quatre cents livres avant les calendes d'octobre n'a point été placée *in merâ dispositione :* et, sans s'arrêter à telle expression qui semblerait dénoter une condition, il a été expressément géré que Titius serait absolument tenu et pourrait être contraint à payer dans le délai ou le délai expiré. Cette clause ne fait donc point *condition*, mais *mode*, ou plutôt elle *égalise* la partie de la transaction relative à Titius, respectivement à la ratification qui vient de Caïus: c'est pourquoi, dans le doute, l'interprétation de la clause doit se faire pour qu'il y ait mode et non condition.

" Il en serait autrement, continue Dumoulin, si la ratification avait été faite par elle-même, séparément et distinctement de la transaction, et qu'elle commençât par un simple gérondif, par exemple, *en payant ladite somme à telle époque, je ratifie.* Alors, en effet, ce serait un acte séparé et une disposition d'une seule chose, simple et non respective ; et, dans ce cas, la théorie de Bartole aurait son application en l'entendant sainement; et, comme le gérondif aurait trait à un acte du futur, il ferait condition ; et, par suite, la ratification se résolvant faute de payement, les hypothèques s'évanouiraient avec elle. Il en serait de même dans le cas où le gérondif serait apposé dans le même contrat, mais expressément et sous la forme de condition ; en sorte qu'il apparaisse manifestement qu'on a géré qu'il y eût ratification si le payement suivait dans le terme fixé, et non autrement : alors, en effet, il apparaît assez qu'il y a condition. Dumoulin conclut de plus fort que si la clause de ratification est faite par elle-même et séparément, quoique dans le même contrat et le même acte, non sous une forme expresse de condition, mais en commençant ou en finissant par le gérondif ou la diction *dummodo* ou autre expression rapportant un acte de payement futur à un terme fixé, *putà,* s'il est *subjoint : et en, par Titius, payant ultérieurement ladite somme*

888 11° (1).

dans ledit délai, Caïus ratifie; ou : *et ultérieurement Caïus ratifie en, par Titius, payant ladite somme à un tel terme*, ou *pourvu qu'il la paye à telle époque*, il faut tenir que l'acte de ratification ou autre supplément additionnel est conditionnel, parce qu'il y a quelque chose d'ajouté *par-dessus* la principale disposition du contrat, sous une certaine forme qui a la force de la condition. Il apparaît assez, en effet, de l'intention que la charge exprimée soit préalablement remplie, et qu'autrement il n'y aurait rien de *surajouté*. (Voyez Dumoulin, t. I, titre I, gloss. 8, *in* v° *En payant*.

" La loi précitée *cùm ab eodem, ff. de contrah. empt.*, a servi de fondement à la doctrine que nous venons de développer. Dans l'espèce de cette loi, quelqu'un a acheté un fonds, si le vendeur le libérait, pourvu qu'il le libérât avant les calendes de juillet. Cette vente est-elle conditionnelle ou pure ? Le texte de la loi décide que, si la libération a été mise *in disputatione*, de sorte qu'il ait été géré que le vendeur fût tenu de procurer la libération entre lesdites calendes, la vente n'est pas conditionnelle, mais pure ; et la clause *de liberando, redimendo*, ou autre semblable, soit qu'elle s'exprime par la diction *ut* ou *dummodo*, ne fait point condition, mais mode. Mais, s'il n'a point été géré ni entendu par les parties que le vendeur fût tenu de procurer la libération dont il s'agit, mais que l'immeuble serait vendu, si cette libération s'opérait dans un temps préfixé, alors la vente est conditionnelle, parce que la clause *de luendo* ne se trouve en aucune manière dans la disposition, mais seulement dans la condition."

(1) Add. *Dans le cas où un immeuble donné en avancement d'hoirie, et rapporté par un héritier du donateur, échoit en partage à ce copartageant, l'hypothèque par lui consentie avant le décès du donateur revivrait-elle ?* —Battur dit, n. 758 : " La condition résolutoire, inhérente à l'acquisition, quelle qu'elle soit, fait disparaître aussi l'hypothèque consentie sur l'immeuble, lorsque cette condition s'accomplit. Nous avons déjà eu lieu de traiter de ce point de droit : nous nous bornerons ici à résoudre quelques difficultés qu'il pourrait présenter dans l'application.

" Le donataire qui vient au partage de la succession du donateur doit rapporter l'immeuble à lui donné, *franc et quitte de toutes charges créées par le donataire* (article 865 du code civil). Dans le cas où cet immeuble donné en avancement d'hoirie lui écherrait en partage, l'hypothèque par lui consentie avant le décès du donateur revivrait-elle ? Le donataire est incontestablement propriétaire de l'immeuble à lui donné, dès le moment de la donation qui l'a irrévocablement saisi de la propriété de cet immeuble ; mais il est investie de cette propriété sous une condition

888 12° (1).

résolutoire, qui est : qu'il en sera dépouillé si l'objet donné tombe par suite du rapport dans le lot d'un autre cohéritier, et que, par suite, les hypothèques consenties *medio tempore* s'évanouiront ; que, si l'immeuble, au lieu de tomber dans le lot d'un autre cohéritier, échoit en partage au donataire lui-même, il n'aura pas cessé d'en avoir la propriété dès le moment même de la donation : il l'aura possédé à titre de propriétaire, jusqu'au décès du donateur ; au décès du donateur, il aura continué d'en être propriétaire en qualité d'héritier, puisque l'effet du partage n'est point de conférer un droit de propriété sur tel ou tel immeuble, mais de le déclarer. La propriété n'ayant donc pas cessé un instant de reposer sur la tête de l'héritier donataire, il est incontestable que l'hypothèque par lui originairement consentie devra, je ne dis pas revivre, mais continuer de subsister. (Voy. Delvincourt, dans son excellent et judicieux *Cours de code civil.*) Que faudrait-il décider si la dispense du rapport avait été prononcée dans un acte postérieur à la donation ? Elle ne peut avoir d'effet rétroactif au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers (Chabot, tome III, *des Successions*, article 843) : d'où il suit que les hypothèques, prises dans l'intervalle de la donation à l'acte de dispense, seraient maintenues.

Et remarquons bien que l'effet particulier de la condition résolutoire, dont nous venons de parler, se borne aux charges créées *medio tempore*, et ne s'applique point aux aliénations consenties par le donataire avant le décès du donateur, lesquelles sont maintenues : ce qui démontre de plus fort que le donataire a véritablement été propriétaire jusqu'au moment du décès du donateur, en vertu de sa donation.

Sur la question de savoir si ces termes de la loi, *franc et quitte de toutes charges créées pvr le donataire*, s'appliquent à l'usufruit ou à la servitude, comme à l'hypothèque, les opinions sont partagées. Chabot incline pour l'affirmative ; mais Delvincourt tient la négative sur ce fondement que, l'usufruit et la servitude étant un démembrement de la propriété, l'aliénation de ces droits ne doit pas être résolue plus que ne le serait une aliénation partielle du fonds même. Cette décision nous paraît devoir être adoptée : la donation, quant au rapport, *non absolutè reducitur ad non causam.* La loi, en effet, peut restreindre et modifier les effets de la cause résolutoire inhérente à l'acquisition, comme elle le fait en cas de retour de l'absent, après l'envoi en possession définitive, etc."

Op. conf. de Rolland de Villargues, *Hyp.*, n. 716.

(1) Add. Quid *de la condition résolutoire stipulée après coup ?*—Battur dit, n. 759 : " Nous terminerons cette section en remarquant que, si la condtion résolutoire n'était stipulée qu'après coup, cette stipulation

* 11 *Pont., Privil.,* *n°* 1225. } Enfin, *la résolution du droit de propriété du constituant*, qu'on présente comme une autre cause d'extinction de l'hypothèque constituée, n'est qu'une application du principe posé dans l'art. 2125, d'après lequel ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit résoluble dans certains cas ou sujet à rescision ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise à la même rescision. Et ceci même indique qu'il ne s'agit pas ici d'une extinction proprement dite de l'hypothèque. Lorsque celui dont le droit était résoluble vient à être évincé, il est vrai de dire, dans le cas du moins où l'éviction procède d'une cause nécessaire et inhérente au titre d'acquisition, que le droit n'a jamais eu d'existence. Par conséquent, si le détenteur ainsi évincé (1) a constitué hypothèque pendant sa possession, cette hypothèque, qui tombe par l'effet de l'éviction, est à considérer comme n'ayant jamais existé, plutôt que comme éteinte : c'est ce que nous expliquons dans notre commentaire de l'art. 2125 (voy. n° 644 et suiv.).

ARTICLE 2081 § 3.

* *ff. Quibus modis pignus exting.,* *Liv.* 20, *Tit.* 6, *L.* 9. } Titius Sempronio fundum pignori dedit : et eundem fundum posteà Gaio Seio pignori dedit : atque ita idem Titius Sempronio, et Gaio Seio fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat insolidum singulis. Quæro, an venditione interposita jus pignoris extinctum sit,

serait un acte nouveau, qui ne pourrait préjudicier aux droits acquis à des tiers dans l'intervalle du premier contrat à cette stipulation, et que les actes faits postérieurement à cette stipulation conserveraient toute leur force, si elle n'avait été rendue publique par une inscription sur les registres du conservateur."

(1) *Secùs*, si l'éviction procède d'une cause *nouvelle et volontaire* ; l'hypothèque ne s'éteint même pas dans ce cas. Voy. *suprà*, n. 646.— *Junge :* Req., 17 juill. 1848 (Dall., 48, 1, 603 ; S.-V., 48, 1, 470).

ac per hoc jus solum emptionis apud ambos permanserit ? Modestinus respondit, dominium ad eos de quibus quæritur, emptionis jure pertinere : cùm consensum mutuo venditioni dedisse proponantur, invicem pigneratitiam actionem eos non habere.

§ 1. Titius Seio pecuniam sub pignore fundi dederat, qui fundus cum esset reipublicæ antè obligatus, secundus creditor pecuniam reipublicæ eam solvit : sed Mævius extitit, qui dicebat, antè rempublicam sibi fundum obligatum fuisse. Inveniebatur autem Mævius instrumento cautionis cum republica facto à Seio, interfuisse, et subscripsisse : quo caverat Seius fundum nulli alii esse obligatum. Quæro, an actio aliqua in rem Mævio competere potest ? Modestinus respondit, pignus cui is de quo quæritur, consensit, minimè eum retinere posse. (Modestinus).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } Titius a engagé un fonds à Sempronius ; il a ensuite engagé le même fonds à Gaïus-Séius. Dans ces circonstances, le débiteur Titius, qui avoit engagé son fonds en entier à chacun de ses créanciers, l'a vendu en totalité à chacun d'eux. Je demande si cette vente a éteint les gages, ou si elle n'a fait que donner aux créanciers acquéreurs l'action de rachat ? Modestin a répondu que les créanciers acquéreurs avoient acquis le domaine de la chose à titre d'achat ; parce que l'un et l'autre, suivant l'exposé, avoient consenti à la vente, mais qu'ils n'auroient pas réciproquement l'un contre l'autre l'action personnelle qui résulte de l'obligation du gage.

§ 1. Titius a prêté à Séius une somme d'argent, et a reçu de lui en gage un fonds qui étoit engagé avant à une république. Le second créancier a payé à cette république ce qui lui étoit dû ; mais il s'est présenté un autre créancier nommé Mævius, qui prétendoit que le fonds lui avoit été hypothéqué avant d'être engagé à la république. On a prouvé aussi que ce Mævius avoit été présent à l'acte de caution passé par le débiteur Séius avec la république, et qu'il l'avoit même signé. Or cet acte portoit que le fonds que le débiteur engageoit à

la république ne l'étoit envers aucun autre créancier. Je demande si le créancier Mævius peut intenter l'action hypothécaire ? Modestin a répondu qu'il ne pouvoit conserver aucun droit sur le gage après le consentement qu'il avoit donné à l'acte passé avec la république. (MODESTIN).

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hyp.*, n° 177 *et s.* } 117. L'hypothèque s'éteint lorsque le créancier acquiert la propriété de la chose sur laquelle il avait hypothèque : ce qui s'appelle *confusion ;* car il est de l'essence du droit d'hypothèque, suivant la définition et les notions que nous en avons données, que ce soit un droit dans la chose d'autrui. On ne peut avoir un droit d'hypothèque dans sa propre chose, *res sua nemini pignori esse potest;* d'où il suit nécessairement que, lorsque le créancier, qui avait un droit d'hypothèque dans une chose, devient le propriétaire de cette chose, le droit d'hypothèque qu'il avait ne peut plus subsister, et il se perd et se confond nécessairement dans le droit de propriété qu'a acquis le créancier.

178. Pour que l'acquisition, que fait le créancier de la chose hypothéquée, opère une extinction absolue de son droit d'hypothèque, sans espérance que ce droit puisse revivre, il faut que l'acquisition qu'il a faite soit irrévocable.

Si elle n'a pas été irrévocable, soit parce que celui de qui je l'ai acquis, n'étant pas lui-même propriétaire incommutable, n'a pu me transférer qu'un droit de propriété irrévocable, sous une certaine condition, tel qu'il l'avait lui-même, soit parce que l'acquisition que j'ai faite de lui, a été faite à la charge de révocation, en certain cas convenu ou sous-entendu, cette acquisition suspend plutôt le droit d'hypothèque qu'avait le créancier dans cette chose, tant qu'il en sera propriétaire, qu'elle ne l'éteint ; c'est pourquoi si son droit de propriété vient à se résoudre *ex causâ antiquâ, necessariâ et inexistenti contractui*, le droit d'hypothèque qu'il avait sur la chose avant qu'il en eût acquis la propriété, re-

vivra. La raison est que l'effet ne doit pas avoir plus d'étendue que la cause, *limitata causa limitatum producit effectum.* C'est pourquoi l'acquisition que le créancier fait de la propriété de la chose hypothéquée, étant la cause de l'extinction de l'hypothèque, si cette acquisition qu'il a faite n'est pas absolue et irrévocable, elle ne peut pas produire une extinction absolue et irrévocable du droit d'hypothèque, elle dort, en quelque sorte, pendant le temps que l'acquisition durera, et elle se réveillera dès l'instant de la révocation de l'acquisition.

Par exemple, si j'ai acheté un héritage sujet au retrait lignager (1), et qu'on l'ait exercé sur moi : si on m'a donné un héritage, et que la donation ait été révoquée par la survenance d'enfants au donateur ; si on me l'a vendu sous faculté de réméré, et que le réméré ait été exercé ; si l'héritage que j'ai acquis était grevé de substitution, et qu'il y ait eu depuis ouverture à la substitution ; s'il m'a été évincé par un créancier hypothécaire : en tous ces cas, le droit d'hypothèque que j'avais sur cet héritage se réveillera, parce que l'acquisition que j'avais faite de la propriété de l'héritage, n'a point été irrévocable, et qu'elle a été effectivement révoquée *ex causâ antiquâ, necessariâ et inexistenti contractui.*

A plus forte raison mon droit d'hypothèque revivra-t-il si mon titre d'acquisition de la propriété de la chose hypothéquée a été rescindé par des lettres de rescision qu'a obtenues celui de qui j'ai acquis, contre l'aliénation qu'il en avait faite.

Si le créancier a acquis un droit de propriété irrévocable sur la chose qui lui était hypothéquée, quoique par la suite, par une cause nouvelle, l'acquisition qu'il a faite ait été révoquée, son droit d'hypothèque ne revivra pas.

Par exemple, s'il a pris à rente un héritage sur lequel il avait un droit d'hypothèque, et qu'il l'ait déguerpi volontairement pour se libérer de la rente ; s'il lui a été donné,

(1) Le retrait lignager n'est point admis par les lois nouvelles. (Bugnet).

et que la donation ait été révoquée pour cause d'ingratitude ; en ce cas, et autres semblables, le droit d'hypothèque qu'il avait ne revivra pas ; car il avait acquis un droit de propriété irrévocable ; il ne tenait qu'à lui de le conserver en ne le déguerpissant pas, ou en ne commettant pas les excès qui ont donné lieu à la révocation pour cause d'ingratitude. L'acquisition qu'il a faite ayant été parfaite et irrévocable, elle a dû opérer une confusion et une extinction absolue du droit d'hypothèque qu'il avait sur cet héritage, lequel droit par conséquent ne peut plus revivre (1).

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *Tit.* 26, *art.* 5, 6. } 5. Quand les qualités du créancier et débiteur se rencontrent en une même personne, les rentes foncieres et réelles et constituées à prix d'argent, et les sommes dûes par obligations, promesses, jugements ou autrement, soit qu'elles portent hypotheque ou non, et généralement tous les droits tant réels et immobiliers que personnels, demeurent éteints de plein droit par la confusion, même ès personnes des mineurs, le tout jusqu'à sommes concurrentes.

6. Et néanmoins si la confusion se fait par la réunion de droits différents, qui peuvent être dans la suite désunis, séparés et remis en leur premier état, la confusion cesse au moment que la séparation arrive, pourvu que ladite séparation procede d'une cause ancienne et antérieure à celle qui a donné lieu à la confusion.

---

* 11 *Pont*, *Privil.*, *n*° 1223. } Quant à la première, voici l'espèce : Paul est créancier hypothécaire de Pierre, et son hypothèque est inscrite sur une maison appartenant à ce dernier ; plus tard, Paul devient propriétaire, à un titre quelconque, de la maison grevée de son hypothèque. Cette

(1) Le donataire, coupable d'ingratitude, est sans doute peu favorable ; cependant, entre le donateur et le donataire, il y a révocation de la donation, pourquoi ne pas rétablir les droits dans leur état primitif ? (Bugnet.)

réunion des qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire grevé fait-elle que l'hypothèque soit éteinte ? Les auteurs se prononcent assez généralement pour l'affirmative. Mais, à notre avis, il faut faire une distinction entre les deux hypothèses qui peuvent se présenter. Ou Paul est le seul créancier hypothécaire ayant un droit réel sur l'immeuble dont il est devenu propriétaire, ou bien cet immeuble qui est son gage est aussi le gage hypothécaire d'autres créanciers. Dans le premier cas, il est vrai de dire que la réunion des deux qualités a pour effet d'éteindre l'hypothèque de Paul, car le droit qui résultait de cette hypothèque se trouve absorbé dans le droit absolu que Paul acquiert en devenant propriétaire de son gage. Mais, dans le second cas, il en est autrement : les droits du créancier ne se confondent pas avec ceux du propriétaire ; car il y a un règlement à faire entre tous ceux dont l'immeuble est le gage, un règlement dans lequel, comme cela résulte des principes ci-dessus expliqués (voy. n° 1054 et 1215), Paul lui-même, quoique désormais propriétaire de ce gage, ne pourra pas prendre part, à raison de sa créance, s'il n'a pas maintenu son droit de créancier par des inscriptions prises et renouvelées dans les conditions voulues par la loi. Or, dès que l'acquéreur n'est pas plus dispensé que les autres créanciers des obligations à l'accomplissement desquelles la loi subordonne la conservation du droit hypothécaire, il faut bien conclure que la réunion des deux qualités de créancier et de propriétaire n'a pas pour effet, dans ce cas, d'éteindre l'hypothèque.

ARTICLE 2081 § 4.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 2081 § 1 et 2081 § 3.

---

* 2 *Domat* (*Remy*) *liv.* 3, *tit.* 1, *sec.* 7, *n°* 15. } On ne doit pas prendre pour un consentement du créancier à l'aliénation de son gage, la connaissance qu'il peut en

avoir, ni le silence où il demeure après cette connaissance ; comme s'il sait que son débiteur vend une maison qui lui est hypothéquée, et s'il n'en dit rien. Mais, pour le priver de son droit, il faut qu'il paraisse par quelque acte qu'il sait ce qu'il fait à son préjudice, et qu'il y consente ; et un créancier ne perd son hypothèque, par son consentement, que lorsqu'il paraît évidemment que son intention est de la remettre, ou qu'on pourrait lui imputer de la mauvaise foi pour n'avoir pas déclaré son droit, devant le déclarer. Ainsi, par exemple, si celui qui avait affecté spécialement un fonds à un premier créancier pour une rente, l'affectait de même à un second pour une autre rente, lui déclarant que ce fonds n'était engagé à personne. et que ce premier créancier signât le contrat, ou comme partie, ou comme témoin, il se serait par-là rendu complice de cette fausse déclaration, et ne pourrait se servir de son hypothèque sur ce fonds au préjudice de ce second créancier. Ainsi, au contraire, si un créancier signe comme témoin un contrat de mariage, ou un autre acte où son débiteur oblige tous ses biens, il ne perdra pas son hypothèque pour n'en avoir pas fait de protestation. Ainsi, celui qui signe comme témoin un testament où le testateur dispose d'un fonds sujet à son hypothèque, ne la perdra pas ; et en général on doit juger de l'effet de ces approbations par des signatures ou autrement, selon les circonstances de la qualité des actes, de celles des personnes, de la connaissance qu'elles peuvent avoir du tort que peut faire ou leur approbation ou leur silence à leurs intérêts et à ceux des autres, de leur bonne ou mauvaise foi, de l'intention des contractans, et les autres semblables.

Il faut remarquer sur cet article la différence qu'il peut y avoir entre la signature d'un créancier dans quelque acte où il est partie, et dans une autre où il est seulement témoin. Tout ce qu'il signe comme partie l'oblige sans doute. Mais, dans les actes qu'il signe comme témoin, et où la signature n'est mise que pour témoignage de la vérité de ce qui s'est passé entre les contractans, on ne peut tirer de conséquence de la signature d'un témoin contre son intérêt qu'en cas qu'il donne sujet par cette signature à ce que l'un des contractans se trouve trompé, comme

dans le cas de ce témoin qui signe le contrat où est la fausse énonciation expliquée dans l'article. Car, en ce cas, le silence de ce témoin renferme une mauvaise foi qui le rend complice de celle de son débiteur. Mais si un témoin ne contribue en rien de sa part à quelque surprise, et qu'il ne donne aucun consentement exprès qui déroge à son droit, sa présence ni sa signature ne doit pas lui nuire ; comme on le voit dans le cas de cette loi 39, ff. de pign. act., citée sur cet article, où celui qui avait engagé son fonds à un créancier, ne le perd pas pour avoir souscrit comme témoin le testament de ce créancier, qui déclare qu'il veut que ce fonds demeure à un de ses enfans, quoique même ce testateur eût ajouté qu'il avait acquis ce fonds de ce témoin. V. l'art. 33 de la sect. 1.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hyp.*, *n*o 192 *et s.* } 192. L'hypothèque s'éteint par la remise expresse ou tacite que fait le créancier de son droit d'hypothèque.

Pour que cette remise soit valable et éteigne l'hypothèque, il faut que le créancier soit une personne usant de ses droits, et qui ait le pouvoir d'aliéner (1).

C'est pourquoi un interdit ne peut remettre les droits d'hypothèque qui lui appartiennent.

Une femme mariée ne le peut sans être autorisée de son mari (2).

Un mineur ne le peut : je pense pourtant à l'égard du mineur, que, s'il l'avait fait, il devrait obtenir des lettres de rescision dans les dix ans de sa majorité ; car, ce que fait un mineur est plutôt sujet à rescision qu'il n'est absolument nul.

Si un tuteur, en sa qualité de tuteur, avait fait gratuitement une remise des droits d'hypothèque qui appartiennent à son mineur, je pense que cette remise est absolument nulle, sans qu'il soit besoin de lettres ; car, ce que fait un tuteur, en sa qualité de tuteur, ne peut être valable et réputé pour le fait du mineur, qu'autant que ce qu'il fait n'excède point

(1) Il n'est pas nécessaire que le créancier ait la capacité d'aliéner ses immeubles : il suffit qu'il ait la disposition de la créance dont l'hypothèque n'est qu'un accessoire. (Bugnet).

(2) Lorsqu'elle est séparée de biens. (Bugnet).

les bornes de l'administration, sa qualité de tuteur ne lui donnant que le droit d'administrer les biens de son mineur, et non pas d'en disposer à son gré ; or, toute aliénation gratuite passe les bornes de l'administration, et par conséquent le pouvoir du tuteur.

Il faut décider la même chose à l'égard d'un curateur.

Par la même raison, un fondé de pouvoir, quelque générale que soit sa procuration, ne peut remettre gratuitement les droits d'hypothèque qui appartiennent à celui de qui il a la procuration ; il en faut une *ad hoc.*

Un mari ne peut pas non plus faire remise des droits d'hypothèque qui dépendent des rentes propres de sa femme, car il n'a que l'administration de ses propres ; mais il peut remettre les hypothèques des dettes actives mobilières de sa femme, quoique réservées propres, parce que la réserve des propres, n'empêche pas qu'il ne soit seigneur des droits mobiliers de la femme ; cette réserve ne donnant à la femme qu'une action de reprise (1), comme on peut le voir au *Traité de la communauté.*

193. La remise qu'un créancier, qui a le pouvoir de disposer, fait des droits d'hypothèque qui lui appartiennent, éteint l'hypothèque, soit que cette remise soit expresse, soit qu'elle soit seulement tacite.

Le consentement que donne le créancier à l'aliénation, ou même à l'obligation de la chose hypothéquée, renferme une remise tacite de son droit d'hypothèque (2).

194. Le créancier est censé avoir tacitement remis le droit d'hypothèque qu'il a sur un héritage, lorsqu'il a consenti à l'aliénation de son héritage sans faire réserve de son droit d'hypothèque : *Creditor qui permittit rem venire pignus dimittit* ; L. 158, ff. *de Reg. jur.* L. 4, § 1, ff. *Quib. mod. pig. sol.*

(1) N'est-ce pas dépasser les pouvoirs du mari, lorsque les créances sont réservées propres ? Pourquoi méconnaître le sens naturel de la convention qui contient cette réserve ? (Bugnet).

(2) C'est une question d'interprétation. (Bugnet).

La raison est que le débiteur n'ayant pas besoin du consentement de son créancier pour aliéner ses héritages avec la charge des hypothèques, le consentement du créancier ne peut paraître requis et donné pour une autre fin que pour remettre son hypothèque.

195. Il en est de même lorsque le créancier a consenti que le débiteur obligeât à un nouveau créancier la chose hypothéquée ; car le débiteur n'ayant pas besoin du consentement du premier créancier pour constituer à un nouveau une hypothèque qui n'aurait lieu qu'après la première, le consentement du premier créancier ne peut guère paraître donné et requis à d'autre fin que pour remettre son hypothèque.

On pourrait néanmoins, en ce dernier cas, rechercher l'intention des parties, et examiner, par les circonstances, si l'intention de l'ancien créancier, en consentant qu'on obligeât au nouveau la chose qui lui était hypothéquée, a été de remettre absolument son droit d'hypothèque, ou seulement de céder son rang au nouveau créancier, sans néanmoins remettre son hypothèque. L. 12, § 4, ff. *Qui pot. in pign.*

Mais régulièrement la présomption est que le créancier qui a consenti à la nouvelle hypothèque, a remis la sienne : *Paulus respondit Sempronium antiquiorem creditorem consentientem quum debitor eamdem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri non etiam tertium in locum ejus cepisse.* L. 12, ff. *Quib. mod. pign. solv.*

196. Pour que le consentement que le créancier donne à l'aliénation ou à une nouvelle obligation de la chose qui lui est hypothéquée, renferme une remise tacite de son droit d'hypothèque, il faut que ce consentement soit formel.

197. La connaissance de la vente que faisait le débiteur, qu'a eue le créancier, ou de la nouvelle hypothèque qu'il constituait à un autre, ne peut pas passer pour consentement, quoiqu'il n'ait pas réclamé : *Non videtur consensisse creditor si sciente eo debitor rem vendiderit, quùm ideo passus est venire, quod sciebat pignus sibi durare. Eâd.* L. 8, § 15, ff. *eod. tit.*

C'est pourquoi, si le créancier a reçu, comme notaire, l'acte de vente ou d'obligation que le débiteur a fait de la chose hypothéquée, ou s'il y a souscrit comme témoin, il ne sera pas pour cela présumé avoir consenti à la vente ou à la nouvelle obligation, et avoir remis son hypothèque.

Quid, si l'acte portait que *l'héritage est franc d'hypothèque*, par le créancier qui, en recevant l'acte comme notaire, ou en le souscrivant comme témoin, aurait souffert cette clause sans réclamation, serait-il censé avoir remis son hypothèque.

Il y a lieu de le penser. Il paraît que la loi 9, § 1, ff. *Quib. mod. pig. solv.* le décide. *Mævius dicebat ante rempublicam feudum sibi obligatum fuisse... Inveniebatur autem Mævius, instrumento cautionis cum republicâ facto à Seïo, interfuisse et subscripsisse : quo caverat Seïus fundum nulli alii obligatum... Modestinus respondit pignus, cui is de quo quæritur consensit, minimè eum retinere posse.*

197. Si on doutait que le créancier dût être présumé avoir absolument remis son hypothèque en souscrivant à l'acte où était cette clause, au moins il n'est pas douteux qu'il ne pourrait l'exercer contre l'acquéreur à qui l'héritage aurait été vendu, ou contre le nouveau créancier à qui il aurait été hypothéqué par cet acte; car, s'il n'a pas voulu remettre son hypothèque, il ne peut se disculper d'avoir, par sa dissimulation, concouru, avec le débiteur, à tromper cet acquéreur ou ce nouveau créancier, c'est pourquoi ils auront contre lui l'exception de dol.

La signature du créancier à un acte qui énonce qu'un certain héritage de son débiteur *n'est chargé d'aucune hypothèque*, peut quelquefois ne préjudicier en aucune manière à son droit d'hypothèque; savoir, lorsqu'il y a lieu de présumer qu'il a pu apposer sa signature sans prendre la lecture de l'acte; *putà*, lorsqu'il a signé, *honoris causâ*, à un contrat de mariage, en la seule qualité de parent ou d'ami.

198. Le créancier qui consent à l'aliénation de la chose hypothéquée, n'est censé remettre son droit d'hypothèque qu'autant et sous la condition que l'aliénation, à laquelle il

a consenti, aura effectivement lieu. C'est pourquoi, si le créancier a permis, par écrit, à son débiteur de vendre son héritage, et qu'il ne l'ait pas vendu, l'hypothèque du créancier sur cet héritage ne laissera pas de subsister : *Si non venierit non est satis ad repellandum creditorem quod voluit venire.* L. 8, § 6, ff. *Eod. tit.*

199. La remise qu'opère le consentement du créancier à l'aliénation de la chose hypothéquée, n'a pas lieu, non-seulement lorsque le débiteur n'a pas vendu la chose, mais encore lorsque la vente qu'il en a faite est nulle ou simulée. L. 4, § 2, ff. *Eod. tit.*

200. Il y a plus, si le débiteur, en conséquence de la permission du créancier, a aliéné à la vérité son héritage, mais sous quelque condition résolutoire, ou convenue, ou inhérente au contrat, l'hypothèque du créancier est plutôt suspendue qu'éteinte, et elle revit si le contrat vient à se résoudre *ex causâ necessariâ et inhærenti contractui.*

Par exemple, si le débiteur, avec la permission de son créancier, a vendu son héritage avec faculté de réméré, et qu'il l'exerce par la suite, ou si, avec la permission de son créancier, il en a disposé par donation entre-vifs, et qu'elle ait été révoquée par survenance d'enfants ; en ce cas, et autres semblables, l'hypothèque revivra.

Ainsi, quoique la vente ne contînt aucune clause résolutoire, si les parties s'en sont volontairement désistées avant qu'elle eût eu son entière exécution, le créancier qui a consenti à cette vente conservera son hypothèque (L. 10, ff. *Quib. mod. pig. solv*) ; car il n'est censé, par ce consentement, avoir remis son hypothèque qu'autant que la vente, en faveur de laquelle il voulait bien la remettre, aurait son entière exécution.

Au contraire, si le débiteur, qui a aliéné son héritage du consentement du créancier, en redevient propriétaire, non par la résolution de l'aliénation qu'il en avait faite, mais par un nouveau titre d'acquisition, il ne recouvrera pas la même hypothèque qu'il avait et qu'il a remise ; l'héritage se trouvera seulement compris dans le droit d'hypothèque géné-

rale qu'il a sur tous les biens présents et à venir de son débiteur, s'il est créancier en vertu d'un titre authentique ; mais s'il avait, outre cette hypothèque générale, une hypothèque spéciale ou un privilége sur cet héritage, il ne pourra plus rien prétendre, tous ses droits ayant été éteints par la remise qu'il est censé en avoir faite en consentant à l'aliénation. *L. fin. Cod.*, *de Remiss. pign.*

201. Lorsque le consentement que le créancier a donné à l'aliénation de la chose hypothéquée, est limité à certain titre d'aliénation, à certaines conditions, ou à certaines personnes, l'aliénation n'éteint l'hypothèque qu'autant que l'aliénation est faite au même titre et sous les mêmes conditions auxquelles le créancier a consenti à l'aliénation, et à la même personne à qui il a consenti qu'elle fût faite.

C'est pourquoi, si le créancier a permis à son débiteur de vendre la chose hypothéquée, et que le débiteur l'ait donnée par donation entre-vifs, on doit, en ce cas, décider que l'hypothèque n'est pas éteinte ; car il y a lieu de présumer que le créancier, en permettant la vente de la chose hypothéquée, a eu en vue que le débiteur en emploierait le prix à le payer, ou à acquérir d'autres biens qui lui répondraient de sa dette, et qu'en conséquence, en permettant de vendre, il n'a pas entendu permettre de donner.

Au contraire, lorsque le créancier a permis à son débiteur de disposer, par donation entre-vifs, de la chose hypothéquée, on doit ordinairement présumer qu'il lui a permis, à plus forte raison, d'en disposer à titre onéreux, suivant cette règle de droit : *Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere*. L. 21, ff. *de Reg. jur.*

Si néanmoins le créancier avait permis à son débiteur de donner à une certaine personne, amie de ce créancier, on ne pourrait pas dire qu'il lui aurait permis de vendre. *Si concessit donare et vendiderit debitor, repelletur creditor, nisi si quis dicat, ideo concessisse donari quod amicus erat creditori is cui donabatur. Eâd.* L. 8, § 13, *in fine ;* ff. *Quib. mod. pign. solv.*

Si le créancier a permis à son débiteur de vendre, pour un

certain prix, la chose hypothéquée, ou de la vendre à certaines conditions, et que le débiteur l'ait vendue à un moindre prix ou n'ait pas suivi les conditions prescrites par le créancier, ou s'il lui a permis de vendre dans l'espace d'un certain temps, et que le débiteur n'ait vendu qu'après l'expiration de ce temps, dans tous ces cas, l'hypothèque ne sera pas éteinte, car le créancier n'est censé l'avoir remise qu'autant que la vente se ferait pour le prix, aux conditions et dans le temps qu'il l'avait permis.

Mais si le débiteur l'a vendue pour un prix plus fort, l'hypothèque n'en sera pas moins éteinte, car le créancier en fixant le prix pour lequel il lui permet de vendre, ne lui permet pas de vendre à un moindre prix, mais il ne l'empêche pas de vendre plus s'il peut. L. 8, § 14 et 18, *argum. eod. tit.* ; *et eâd.* L. 21 ; ff. *de Reg. jur.*

Au reste, lorsque le créancier a permis à son débiteur de vendre l'héritage hypothéqué, pourvu que la vente se soit effectivement faite, et de la manière et aux conditions que le créancier l'a permise, il n'importe que cette vente ait été faite par la personne même du débiteur, ou par son héritier ou autre successeur universel. *Eâd.* L. 8, § 16 ; ff. *Quib. mod. pign. solv.*

Mais le consentement du créancier n'aurait aucun effet, si c'était un tiers qui vendît. *Eâd.* L. 8, § 17.

Voy. autorités sur art. 2048.

---

* 2 *Troplong*, *Privil.*, *n°* 868. } Une seconde cause de l'extinction de l'hypothèque est la renonciation du créancier.

Il serait assez inutile d'examiner la question, fort controversée entre les interprètes du droit romain, de savoir si la renonciation à l'hypothèque libère de cette hypothèque *ipso jure* ou par le secours *d'une exception.* Sur quoi l'on peut

voir Cujas, sur la loi 7, § 2, *de pactis*, qui tient que c'est par exception que l'hypothèque est éteinte, et Noodt, qui enseigne au contraire que l'hypothèque est éteinte de plein droit (1).

Je me bornerai à examiner quels sont les cas desquels résulte la renonciation à l'hypothèque.

La renonciation peut être expresse, elle peut être tacite.

La renonciation est expresse lorsqu'elle est exprimée formellement par le créancier.

La renonciation expresse est un acte unilatéral qui, une fois consenti, ne peut être rétracté, et dont les autres créanciers du débiteur auraient droit de s'emparer, quand même le débiteur n'aurait pas accepté formellement cette renonciation. On peut se référer aux principes et aux décisions que j'ai rappelés *suprà*, n° 738 (2).

Elle est tacite lorsque, sans être exprimée, elle résulte cependant de certains actes qui en font nécessairement supposer l'existence (3).

(1) *De pact. et transact.*, ch. XIII.

(2) Add. *Jurisprudence.* — Le créancier qui a action hypothécaire sur plusieurs particuliers, et qui renonce à son action à l'égard de quelques-uns, n'est pas pour cela entièrement privé de la faculté d'agir contre les autres. S'il est vrai qu'il soit responsable de son fait de s'être mis dans l'impossibilité de céder ses droits et hypothèques, tel qu'ils existaient originairement, la fin de non-recevoir qui s'élève contre lui ne doit être accueillie qu'en proportion du dommage causé au tiers détenteur. Cassation, 23 janvier 1815 (Sirey, XV, 1, 258 ; D. A., in-4°, IX, 358).

(3) Add. Duranton, qui rend compte des principes suivis en droit romain, ajoute, n. 301 : “ Ces principes étaient généralement suivis dans notre ancienne jurisprudence, comme on peut le voir dans le Traité de Pothier sur l'*hypothèque* ; mais le code a-t-il admis ces renonciations tacites ? Il est permis d'en douter. L'article 2180 se borne, quant à ce point, à dire que les priviléges et hypothèques s'éteignent *par la renonciation du créancier à l'hypothèque* (ou ou privilége). La renonciation à une succession ne peut être qu'expresse, d'après l'article 784. La renonciation au droit d'attaquer un acte annulable ou rescindable, faite par un acte de confirmation ou de ratification, doit aussi être expresse

(article 1338). Enfin, suivant l'article 621, la vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier ; il continue de jouir de son usufruit, *s'il n'y a pas formellement renoncé* ; en sorte que sa présence et sa signature au contrat de vente que le propriétaire ferait de la chose soumise à l'usufruit, sa déclaration même qu'il consent à cette vente, ne suffiraient point pour le faire considérer comme ayant renoncé à son droit ; il faudrait, comme le dit cet article, une renonciation *formelle* de sa part ; toute renonciation tacite ou présumée serait inefficace. Or, pourquoi en serait-il autrement en matière d'hypothèque ? Delvincourt, qui admettait ces renonciations tacites en matière d'hypothèque, et non cependant en matière d'usufruit, croyait trouver une raison de différence entre ces deux espèces de droits ; et nous l'avouerons, cette raison de différence ne nous paraît pas bien sensible, elle n'est pas du moins assez forte pour en amener une aussi notable quant à la question qui nous occupe ; bien mieux les jurisconsultes romains n'en voyaient aucune : aussi décidaient-ils sur un cas comme sur l'autre, ainsi que nous allons le démontrer tout à l'heure.

« Delvincourt, après avoir dit que le consentement du créancier hypothécaire à la vente que le débiteur fait de l'immeuble hypothéqué, sans avoir réservé son droit, emporte renonciation à l'hypothèque, ajoute « qu'à la vérité on pourrait opposer à cette décision l'article 621, qui dé- « cide qu'en cas de vente de la chose soumise à l'usufruit, le droit de « l'usufruitier subsiste, s'il n'y a *formellement* renoncé ; d'où nous « avons conclu *que le simple consentement donné par lui à la vente n'em- « porterait pas renonciation de sa part*. Mais c'est qu'il peut y avoir eu « un autre motif pour l'usufruitier d'intervenir dans la vente, ne fût-ce « que celui de dispenser le nouveau propriétaire de l'obligation de lui « notifier son acquisition. Mais dans le cas d'hypothèque, on ne peut « supposer un motif pareil. Il existe entre le propriétaire et l'usufruitier « des rapports qui n'existent pas entre deux créanciers ayant hypothèque « sur le même immeuble (*a*). Quel pourrait être le motif ou le but de ce « consentement du créancier à la vente que le débiteur fait de son im- « meuble, s'il n'en résultait pas au moins renonciation à l'hypothèque ? »

« Cette distinction, entre le cas d'usufruit et celui d'hypothèque, les jurisconsultes romains, comme nous venons de le dire, ne l'avaient point faite, parce qu'en réalité elle n'est fondée sur rien de solide. L'usufruitier qui avait donné son consentement à la vente que le propriétaire avait faite de la chose soumise à l'usufruit était censé avoir renoncé à

(*a*) Delvincourt a eu en vue par là, probablement, le cas où un premier créancier hypothécaire consent à ce que le débiteur hypothèque le même immeuble à un autre créancier.

son droit, s'il ne se l'était pas réservé, comme le créancier hypothécaire qui avait consenti à l'aliénation de la chose hypothéquée était censé avoir renoncé au sien ; en sorte que s'il voulait ensuite l'exercer, il était repousse par l'exception *doli mali.* Telle est la décision d'Ulpien dans la loi 4, § 12, ff. *de except. doli mali : Quæsitum est, si cùm fundi usumfructum haberem, eum fundum volente me vendideris, an vindicanti mihi usumfructum exceptio sit objicienda ? et hoc jure utimur ut exceptio doli noceat.* Or, si les rédacteurs du code civil ont entendu s'éloigner des anciens principes quant à la renonciation tacite à l'usufruit, n'est-il pas à croire qu'ils ont également entendu y déroger quant aux renonciations tacites à l'hypothèque ? Cela paraît tout à fait probable.

" On objecte que le consentement que le créancier donne à la vente, en signant le contrat, n'a pas d'objet, s'il n'en doit pas résulter une renonciation de sa part à son droit d'hypothèque, puisque le débiteur n'avait pas besoin de ce consentement pour vendre ou donner son immeuble ; et cependant qu'il faut entendre un consentement dans un sens suivant lequel il peut produire quelque effet, plutôt que dans un sens d'après lequel il n'en produirait aucun.

" Nous répondons que la même chose pourrait se dire dans le cas d'usufruit, et néanmoins le code exige une renonciation *formelle* de la part de l'usufruitier pour que son droit soit éteint. Nous disons, en outre, qu'il n'en coûtait rien au débiteur pour obtenir du créancier une déclaration de renonciation à son droit d'hypothèque, si en effet l'intention de ce créancier était bien d'y renoncer. Mais on a très-bien pu lui dire que son consentement à l'aliénation pouvait la faciliter, que l'acquéreur le désirait, croyant lui-même qu'il était utile à sa sûreté, et un homme simple, tout à fait étranger aux matières du droit, voulant faire plaisir à son débiteur et ne point entraver son dessein de vendre, aura fort bien pu intervenir à l'acte de vente, le signer et y déclarer même expressément qu'il consentait à la vente, sans se réserver son droit d'hypothèque, soit parce qu'on lui aura dit que cela n'était pas nécessaire, soit par ce qu'il l'aura lui-même pensé ainsi. Cela est d'autant plus facile à concevoir qu'aujourd'hui la jurisprudence admet le créancier à exiger son payement avant l'échéance du terme, par le fait seul que le débiteur a vendu une partie des biens hypothéqués à la dette : l'intervention du créancier au contrat de vente de partie des biens le rendrait assurément non recevable à demander le payement de sa créance avant l'échéance du terme, et on aura très-bien pu lui faire entendre que c'est à cet effet que sa présence au contrat était désirée, et il aura très-bien pu accéder à ce désir, en vue de tranquiliser le débiteur et le tiers acquéreur, sans entendre pour cela renoncer à son hypothèque

(ARTICLE 2081 § 4.)

Par exemple, le créancier est censé renoncer à l'hypothèque, lorsqu'il permet au débiteur de vendre la chose sur laquelle l'hypothèque est assise.

sur la chose aliénée. Quoi qu'il en soit des motifs qui l'aient fait appeler au contrat, et qui le lui aient fait signer, nous répétons que ces motifs ont pu être tout aussi puissants que ceux qui ont pu amener un usufruitier au contrat de vente de la chose soumise à l'usufruit, et que puisque le code ne déclare l'usufruitier privé de son droit qu'autant qu'il y a renoncé *formellement*, il en doit être de même quant au créancier hypothécaire ; autrement la loi aurait des décisions différentes sur des cas semblables, ce qu'on ne doit pas admettre. Rien, encore une fois, n'est plus facile que de faire faire à un créancier une déclaration positive à cet égard, si son intention est bien de renoncer à son droit d'hypothèque, s'il est bien d'accord à ce sujet avec le débiteur ou le tiers acquéreur. Tarrible et la plupart de ceux qui ont écrit sur les privilèges et hypothèques ont, comme Delvincourt, suivi les anciens principes sur le point en question, mais nous croyons que ces mêmes principes ne sont point applicables aujourd'hui dans toute leur étendue ; qu'il ne suffit pas, pour qu'un créancier soit réputé avoir renoncé à son hypothèque, qu'il soit intervenu à l'acte d'aliénation de l'immeuble et qu'il l'ait signé, sans réserver expressément ses droits ; qu'il faut, de plus, une déclaration de sa part qu'il renonce à son hypothèque, ou du moins qu'il y ait dans le contrat quelque clause de laquelle il résulte évidemment que son intention a été d'y renoncer ; et que s'il peut s'élever quelque doute à cet égard, ce doute doit être interprété en sa faveur. Telle est notre doctrine, en presence de l'article 621, et aussi en présence de l'article 1338. Peu importe que, par la remise de la grosse que le créancier fait au débiteur, il soit présumé, sauf preuve contraire, avoir remis la dette, ou en avoir reçu le payement, ce qui emporte par cela même extinction de l'hypothèque (articles 1282 et 2180 combinés) ; dans ce cas, l'hypothèque n'est qu'accessoirement l'objet de la remise, si c'est effectivement par suite de remise de la dette que le creancier a remis la grosse, et c'est peut-être par suite de payement ; or le code attache la présomption de libération, d'extinction de la dette, à ce fait, sauf preuve contraire. Au lieu que, dans le cas en question, il s'agit seulement de la renonciation à l'hypothèque, sans remise de la grosse au débiteur, remise que le créancier ne fera qu'à bon escient, et pour de très-bons motifs. Ainsi, il n'y a nulle parité."

Carrier, n. 296, rappelle les lois romaines en ajoutant : " Elles ne sont plus des présomptions légales, puisque le code ne les rappelle pas, mais

[ARTICLE 2081 § 4.]

" Creditor qui permittit rem vendere, pignus dimittit (1)." Ainsi parle Caïus.

Ulpien dit aussi dans la loi 4, § 1, D., *quib. modis pign. vel hyp. solv.:* " Si in venditione pignoris consenserit creditor, " vel ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem " det, dicendum erit pignus liberari."

Peu importe que le consentement procède ou suive l'aliénation. Il suffit qu'il soit intervenu (2).

---

3 *Baudry-Lancantinerie, Dr. Civil, p.* 853-4. } Nous supposons un créancier qui renonce à son hypothèque (3), non à sa créance. Sans doute la renonciation à la créance entraînerait l'extinction de l'hypothèque ; mais l'extinction

elles sont toujours des présomptions de l'homme abandonnées à la sagesse des magistrats. Elles sont fondées sur la raison même... Il paraît, d'après l'article 1353 du code civil. que ces présomptions ne peuvent être accueillies que lorsque la créance hypothécaire n'excède pas 150 francs."

On lit dans Tarrible, n. 192 : " Les présomptions de renonciation que l'on pourrait induire des faits que nous avons articulés, ou d'autres semblables, ne sont pas nominativement établies par nos lois ; elles retombent par cela même dans la classe des présomptions simples dont la force doit être mesurée sur les circonstances."

(1) L. 158, D., *de reg. juris.*

(2) L. 4, § 1, D., *quib. modis.*

Add. Dalloz dit, sect. IX, n. 5 : " Ces décisions sont très-justes, par la raison qu'en donne Pothier, *Traité des Hypothèques*, chap. III, § 5, " que " le débiteur n'ayant pas besoin du consentement de son créancier pour " aliéner ses héritages avec la charge des hypothèques, le consentement " du créancier ne peut paraître requis et donné pour une autre fin que " pour remettre son hypothèque."

Battur dit, n. 674 : " Si le créancier a consenti la vente d'une partie de la chose par indivis, il ne perd pas son hypothèque sur le reste."

(3) Ou à son privilége. Ce que nous dirons désormais *brevitatis causa* de l'hypothèque seulement, doit être entendu comme se référant aussi au privilége.

se produirait alors par voie de conséquence ; or nous ne nous occupons maintenant que des modes d'extinction par voie principale.

Quelle est la capacité requise pour renoncer à une hypothèque ? En quelle forme se fait la renonciation à l'hypothèque ? Quels sont les effets d'une renonciation valable ? Telles sont les questions à étudier. La loi ne les a pas résolues, et par conséquent l'interprète doit en chercher la solution dans les principes généraux.

1498. Capacité requise.—En renonçant à son hypothèque, le créancier peut compromettre le sort de sa créance, dont il sera peut-être impossible d'obtenir le paiement, la sûreté faisant défaut. Nous en concluons que, pour pouvoir renoncer a une hypothèque, il faut avoir la capacité de disposer de la créance qu'elle garantit.

Mais cette capacité suffit, et nous n'admettons pas avec M. Laurent que le renonçant doive nécessairement avoir en outre la capacité de disposer d'un immeuble. Sans doute l'hypothèque est un droit immobilier, un immeuble par conséquent ; mais elle est l'accessoire de la créance dont elle suit le sort, et par conséquent celui qui peut disposer de la créance peut par cela même disposer de l'hypothèque.

1499. Forme de la renonciation.—Dans le silence de la loi, il faut décider qu'aucune forme particulière n'est reuuise pour la validité de la renonciation. Il n'est même pas nécessaire que la volonté du créancier de renoncer à son hypothèque soit manifestée expressément ; une renonciation tacite suffit.

Quant à savoir quels sont les actes, *gesta*, qui entraînent renonciation tacite, c'est une question de fait plutôt que de droit, *ea res facti magis quam juris est*. Au juge il appartiendra donc de décider suivant les circonstances de la cause, et ses décisions seront par suite aussi variabes que ces circonstances elles-mêmes. Toutefois une règle fondamentale s'impose à lui dans cette délicate matière ; la renonciation tacite ne peut s'induire que de faits présentant un caractère non équivoque, de faits qu'il est impossible d'interpréter dans un sens autre que celui d'une renonciation à l'hypothèque, car la renonciation ne se présume pas (arg. art. 784) ; *nemo juri suo facile renuntiare præsumitur*. Parcourons quel-

ques espèces. Un créancier hypothécaire, concourt à la vente de l'immeuble hypothéqué, consentie par le débiteur, et signe l'acte qui en est dressé ; renonce-t-il ainsi tacitement à son hypothèque ? L'affirmative devra être admise le plus souvent, parce qu'il sera impossible de donner une autre explication de la conduite du créancier. Son consentement n'était pas nécessaire apparemment pour la validité de la vente ; alors qu'est-il venu faire, sinon rassurer l'acquéreur en renonçant au profit de celui-ci à son hypothèque ? On peut cependant supposer le cas où le créancier hypothécaire aurait figuré à l'acte de vente en qualité de notaire rédacteur ou de témoin : sa participation à l'acte étant alors tout naturellement expliquée par le rôle qu'il y joue, il est bien clair qu'on ne saurait en induire une renonciation à son hypothèque.

Ce que nous venons de dire de la vente totale de l'immeuble hypothéqué, ne devrait pas être étendu à la vente partielle. En participant à la vente que le débiteur a consentie d'une partie du fonds hypothéqué, le créancier a peut-être entendu seulement renoncer au droit, que cette vente lui donnait, comme entraînant une diminution de sûretés, de poursuivre avant l'échéance du terme le paiement de sa créance (arg. art. 1188). Cette interprétation est moins désavantageuse pour le créancier que celle qui consisterait à le considérer comme ayant renoncé à son hypothèque, et dans le doute elle doit être admise, conformément à la règle *Renuntiatio est strictissimæ interpretationis.*

1500. CARACTÈRE ET EFFET DE LA RENONCIATION.—La jurisprudence considère la renonciation du créancier à son hypothèque comme un acte unilatéral, valable par conséquent indépendamment de l'acceptation de ceux à qui elle doit profiter. D'où cette conséquence que le créancier, qui a renoncé à son hypothèque, ne peut pas se rétracter, alors même que les intéressés n'auraient pas encore adhéré à la renonciation.

Nous n'acceptons cette solution que sous bénéfice d'inventaire. Sans doute, en théorie, celui auquel appartient un droit réel peut s'en dépouiller par sa seule volonté. Mais voit-on dans la pratique un créancier abdiquer son droit hypothécaire, comme on jette dans la rue un objet dont on ne veut plus ? Assurément non. Un créancier renonce à son hypothèque dans le but de favoriser une personne déterminée à laquelle l'hypothèque peut préjudicier ; c'est donc une offre qu'il lui adresse en déclarant qu'il renonce à son hypothèque, et, comme toute autre offre, celle-ci doit-être acceptée pour lier son auteur. Nous en concluons que le créancier peut revenir sur sa renonciation, tant qu'elle

n'a pas été acceptée par celui ou ceux à qui elle doit profiter. La loi assigne, il est vrai, un autre caractère à la renonciation à succession ; elle paraît la considérer comme n'ayant rien de contractuel. Mais l'hypothèse est bien différente. Le plus souvent, l'intention de celui qui renonce à une succession est d'abdiquer son droit héréditaire purement et simplement, ordinairement parce qu'il le trouve plus onéreux que profitable ; rarement il agit en vue d'avantager une personne déterminée. En est-il ainsi du créancier qui renonce à son hypothèque ? D'ailleurs nous voyons dans l'art. 790 que le renonçant est admis à revenir sur sa renonciation, tant qu'aucun héritier n'a accepté à sa place ; à plus forte raison le créancier qui a renoncé à son hypothèque peut-il revenir sur sa renonciation, tant que l'offre contenue dans cette renonciation n'a pas été acceptée.

ARTICLE 2081 § 5.

* *ff. Quibus modis pignus exting., Liv.* 20, *Tit.* 6, *L.* 6. } Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus : vel si qua ratione obligatio ejus finita est. (Ulpianus).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Le gage est encore libéré, lorsque la dette est payée, ou que le créancier est satisfait de toute autre manière. On doit dire la même chose si le terme qui a été fixé pour le gage est écoulé, ou si l'obligation par laquelle il a été contracté est finie de quelque manière que ce soit. (Ulpien).

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *liv.* 3, *tit.* 1, *sec.* 7, *n°* 1 *et s.* } 1. L'hypothèque n'étant qu'un accessoire de la dette, le paiement qui anéantit la dette éteint l'hypothèque. (C. civ. 2180.) Mais il faut qu'il soit entier de tout ce qui est dû en principal, intérêts et frais.

2. La novation qui éteint la première obligation, la changeant en une nouvelle, éteint aussi l'hypothèque qui en était l'accessoire, si elle n'est réservée. (C. civ. 1271.)

La novation résulte de plein droit de la concession d'un nouveau

délai pour acquitter le montant d'une lettre de change, faite par les porteurs à l'accepteur, en l'absence et à l'insu du tireur; elle peut même nuire aux tiers porteurs qui ne sont pas prouvés en avoir eu connaissance.

La novation d'une dette ne s'opérant par un nouvel engagement du débiteur envers son créancier, qu'autant que, dans l'intention des parties, l'ancienne obligation est éteinte, au moyen de la nouvelle qui est substituée, si pour le prix d'une vente d'une coupe de bois, l'acheteur a souscrit des traites qui ont été faites uniquement pour accéder à l'adjudication et pour en procurer et faciliter le paiement, il n'y a point novation ou changement de nature de la dette. Il n'y a pas novation lorsque le créancier accorde à un tiers qui lui est délégué par le débiteur, un délai pour acquitter la dette.

Lorsqu'un des co-débiteurs solidaires d'une créance souscrit en son nom seul un nouveau titre en remplacement de celui qui était signé tant par lui que par son co-débiteur, la création de ce nouveau titre doit être considérée, non comme une novation, mais comme un paiement de la dette commune, de manière que le débiteur qui a consenti la nouvelle obligation peut exiger de son ancien co-obligé le remboursement de la moitié de la dette ancienne et commune.

C'est aux juges du fond à décider si la dation d'effets de commerce, en paiement d'une dette, opère ou non novation, lorsque le créancier est resté saisi (nanti) du titre originaire de la créance. Leur décision à cet égard ne peut donner ouverture à cassation.

L'acceptation de billets, en paiement d'un prix de vente, n'opère pas novation de la dette, quand il est stipulé, dans la quittance, qu'au cas de non paiement des billets le créancier rentrerait dans tous ses droits.

Le débiteur qui, par un traité particulier, a chargé du paiement de sa dette un tiers qui s'y est obligé, n'est pas déchargé envers son créancier, quand même celui-ci a eu connaissance de l'arrangement, s'il n'y a expressément adhéré. Il n'y a pas alors novation. Il n'y a pas novation dans le fait du porteur d'une lettre de change protestée, qui la passe au compte courant du tireur.

Accorder un délai à un adjudicataire qui, pour défaut de paiement, a encouru la folle-enchère, ce n'est pas renoncer à la folle-enchère encourue, c'est seulement y surseoir ; et s'il n'y a pas paiement après l'expiration du nouveau délai, la folle-enchère peut être poursuivie. Il n'y a point là de novation.

Il y a novation, si les billets ont été acceptés sans aucune réserve. Il y a novation et non supposition dans le sens de l'art. 312 du code de

commerce, quand le débiteur convertit une dette purement civile en une lettre de change censée valeur reçue comptant.

3. Tout ce qui anéantit la dette dégage l'hypothèque. Ainsi, lorsqu'un débiteur à qui le serment est déféré, jure avoir payé, ou qu'il est absous par un jugement dont il n'y ait point d'appel, la dette et l'hypothèque sont anéanties ; et il en est de même dans tous les cas où l'obligation ne subsiste plus. (C. civ. 1365.)

4. Tout ce qui peut tenir lieu de paiement fait que l'hypothèque ne subsiste plus. Ainsi, par exemple, si le créancier se contente, ou d'une caution, ou d'un autre débiteur au lieu du premier, ou qu'au lieu de son gage il en prenne un autre, dans tous ces cas et autres semblables, l'hypothèque cesse, si l'intention des parties paraît décharger le gage, et restreindre le créancier à ses autres sûretés, quoique sa condition en devienne moins avantageuse. (C. civ. 1280.)

5. Si c'est par un refus que fasse le créancier de recevoir son paiement, qu'il retienne le gage, ou qu'il veuille le faire vendre, le débiteur peut offrir les deniers en justice, et les consigner, pour demeurer quitte, empêcher la vente, et retirer son gage, avec les dommages et intérêts que le créancier pourra lui devoir pour son retardement. (C. civ. 1257.)

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hyp.*, *n°* 184 *et s.* } 184. L'hypothèque ne peut subsister sans une dette pour laquelle elle ait été constituée, suivant qu'il résulte des notions que nous avons données au chap. 1, sect. 2, § 3. D'où il suit que l'extinction de la dette pour laquelle l'hypothèque a été constituée, entraîne nécessairement l'extinction des hypothèques.

Il n'importe que la dette ait été éteinte par le paiement ou par quelqu'une des autres manières dont les dettes s'éteignent, comme par la remise que le créancier aurait faite de sa dette, par la novation, la compensation.

185. Pour que le paiement de la dette éteigne les hypothèques, il faut qu'il soit entier ; pour peu qu'il reste quel-

que chose de dû, soit de son principal, soit même des intérêts, il ne se fait aucune extinction des hypothèques, et tous les biens qui étaient hypothéqués au total de la dette, demeurent hypothéqués à ce qui en reste dû ; L. 13, § 6, ff. *de Pig. et hyp.* C'est pourquoi, quoiqu'on ait payé à l'un des héritiers du créancier tout ce qui était dû à cet héritier pour sa portion, il ne se fait aucune extinction des hypothèques, et tous les biens demeurent hypothéqués à ce qui reste dû aux autres héritiers, et, *vice versâ*, si l'un des héritiers du débiteur a payé sa portion entière, tous les biens, même ceux échus dans le lot de ce débiteur qui a payé sa portion, demeurent hypothéqués à ce qui reste dû par les autres héritiers. L. 1, Cod. *Si un. ex plur.* L. 1, Cod. *de Luit. pig. et passim.*

186. Quelquefois le paiement entier de la dette transfère l'hypothèque du créancier qui est payé à un autre créancier plutôt qu'il ne l'éteint ; cela arrive lorsque le paiement se fait avec la clause de subrogation au profit de celui des deniers duquel le paiement se fait ; la raison est qu'on feint que la créance du créancier qui est payé avec la clause de subrogation, n'est pas tant censée payée que vendue au nouveau créancier, des deniers duquel le paiement s'est fait, *magis emisse nomen quàm solvisse intelligitur* (1).

Nous avons traité des subrogations à la fin du *Contrat de Vente*, où nous renvoyons.

187. La novation transfère aussi quelquefois l'hypothèque de la nouvelle créance à l'ancienne plutôt qu'elle ne l'éteint ; cela arrive toutes les fois qu'on en convient par la novation.

188. Lorsque le débiteur devient héritier pour le total du créancier, ou que, *vice versâ*, le créancier devient héritier, pour le total, du débiteur, la dette se trouvant en ces deux cas confuse et éteinte par la réunion des deux qualités de créancier et de débiteur, qui se détruisent réciproquement

(1) Il n'est peut-être pas très nécessaire d'invoquer cette fiction pour comprendre la subrogation ; elle est différente d'un transport de créance ; et Pothier lui-même le reconnaît en plus d'un endroit. (Bugnet).

en une même personne, cela entraîne l'extinction des hypothèques, à moins que la succession n'ait été acceptée sous bénéfice d'inventaire ; car un des effets du bénéfice d'inventaire étant d'empêcher la confusion des droits de l'héritier et de la succession, la dette subsiste, et par conséquent les hypothèques, qui en sont les accessoires, subsistent aussi.

189. Lorsque le créancier n'est devenu héritier que pour partie de son débiteur, *aut vice versâ*, quoique l'acceptation ait été pure et simple, il ne se fait aucune confusion des hypothèques, parce que la dette n'étant éteinte que pour la partie pour laquelle le créancier a été héritier de son débiteur, ou le débiteur de son créancier, les hypothèques sont entières pour ce qui reste de cette dette.

Lorsqu'il y a plusieurs créanciers d'une même dette, quoique l'un de ces créanciers devienne héritier, pour le total, du débiteur, il ne se fait aucune extinction des hypothèques, parce qu'elles restent entières pour les parts qui sont dues aux autres créanciers.

Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, et que l'un d'eux devient héritier, pour le total, du créancier, les hypothèques des biens de ses codébiteurs doivent donc aussi subsister.

190. La prescription de trente ans qui résulte de ce que le créancier ne s'est pas fait reconnaître ni servir pendant ce temps, n'éteint pas l'hypothèque ; car, comme cette prescription opère plutôt une fin de non-recevoir contre l'action du créancier qu'elle n'éteint la dette, et que la dette subsiste quoique sans action, cela suffit pour conserver l'hypothèque : *Cùm hypotheca possit accidere obligationi etiam naturali.* C'est pourquoi l'hypothèque et l'action qui en naît demeurent contre le débiteur jusqu'à ce qu'il ait acquis la prescription contre l'hypothèque, qu'il ne peut acquérir que par le laps de 40 ans (1).

191. Quoique l'autorité de la chose jugée et du serment décisoire opère plutôt une fin de non-recevoir contre la de-

(1) Ce droit est changé par l'art. 2180, 4o. 1er aliéna. (Bugnet).

mande du créancier, qu'elle n'éteint, dans la vérité, la dette du débiteur, qui a été injustement renvoyé de la demande de son créancier, ou qui a faussement juré qu'il ne devait rien ; néamoins, comme elle renferme une présomption, *juris et de jure*, qu'il n'y a point de dette, elle éteint indirectement l'hypothèque en la rendant de nul effet.

---

* 11 *Pont*, *privil.*, *n*° 1226. } Les hypothèques et les priviléges s'éteignent par *l'extinction de l'obligation principale*, soit de celui qui a constitué hypothèque dans son intérêt, soit de celui dans l'intérêt duquel il l'a constituée comme caution personnelle ou comme caution purement hypothécaire. Cette cause d'extinction de l'hypothèque n'a pas eu *pour objet principal* de l'éteindre, comme celles comprises sous les n° 2° et 3° de l'art. 2180 ; elle ne l'éteint que *secondairement*, par voie de conséquence et parce que l'obligation à laquelle la sûreté réelle accédait est éteinte elle-même et a cessé d'exister. D'ailleurs elle était indiquée par la nature même des choses. L'hypothèque, comme nous l'avons dit plus haut en empruntant l'expression de Loyseau, est une obligation accessoire ou subsidiaire de la chose pour confirmer et assurer la promesse et obligation de la personne qui est débitrice (voy. n° 324 et 710). Or, quand la promesse et obligation personnelle est éteinte, il est naturel que l'obligation accessoire et subsidiaire s'éteigne également, l'accessoire ne pouvant survivre au principal. Ajoutons que lorsque l'obligation principale est frappée d'extinction, l'hypothèque ou le privilége est désormais sans objet ; or *un droit sans objet* ne saurait avoir d'existence juridique. Il était donc raisonnable à tous égards de mettre l'extinction de l'obligation principale au premier rang des causes extinctives des priviléges et des hypothèques.

---

* 2 *Troplong, Privil.*, *n*o 846-866. } 846. Notre article, qui fait à lui seul la matière du chapitre VII, s'occupe des moyens d'extinction de l'hypothèque.

La première cause d'extinction de l'hypothèque est l'anéantissement de l'obligation principale. L'hypothèque, étant l'accessoire d'une obligation principale, doit s'éteindre avec elle; l'accessoire suit toujours le sort du principal.

Il faut que l'obligation principale soit éteinte pour le total ; car s'il en restait la plus petite partie, l'hypothèque subsisterait pour le tout (1).

Il n'importe de quelle manière la dette ait été éteinte (2),

(1) Pothier, Orléans, t. XX, n. 59. L. 19, D., *de pign. hyp. Suprà*, n. 388. Voet, lib. XX, t. XV, n. 2.

Add. Op. conf. de Persil, *Rég. hyp.*, article 2180, n. 2 ; de Battur, n. 710, *in fine*.

" Ainsi, dit Duranton, n. 289, de ce que l'un des héritiers du débiteur, qui est venu à mourir, a payé sa part dans la dette, l'hypothèque ne subsiste pas moins encore entière sur les biens hypothéqués et échus au lot de cet héritier, comme sur ceux qui sont échus aux lots des autres héritiers (article 2114 et l. 1, C., *de luilione pignoris*) ; seulement elle existe maintenant pour une somme moindre.

" St en sens inverse, si l'un des héritiers du créancier a reçu sa part dans la créance, l'hypothèque subsiste toujours sur tous les biens qui y ont été soumis, pour sûreté des parts des autres héritiers dans cette même créance. (Même article 2114, article 2083, et l. 1, C., *si unus ex plurib. hæredib.*)

" Voilà pourquoi aussi la prescription qui est acquise à l'un des héritiers du débiteur pour sa part dans la dette, ou qui est acquise contre l'un des héritiers du créancier pour sa part dans la créance, n'empêche pas l'hypothèque de subsister encore entière sur les biens affectés, pour les parts des autres héritiers du débiteur ou du créancier.

" Par l'effet du même principe, si le créancier devient héritier pour partie du débiteur, la confusion qui a éteint la créance pour partie n'empêche pas que l'hypothèque ne subsiste encore entière sur tous les biens grevés, pour les parts des autres héritiers dans la dette."

(2) Add. Tarrible, t. II, n. 189 et 190, renvoie au titre *des Obligations* pour l'examen des questions que soulève l'extinction des hypothèques

soit par le payement réel (1), soit par la remise que le créancier en fait à son débiteur, soit par la compensation, soit par la novation.

quand elle a lieu comme conséquence de l'extinction de l'obligation principale.

C'est aussi le parti qu'ont pris Balleroy de Rinville et Dalloz.

(1) Add. " Lorsque le créancier a reçu tout ce qui lui revenait, dit Persil, article 2180, n. 2, peu importe la personne qui a fait le payement, et l'hypothèque n'en est pas moins éteinte si celui qui a payé ne s'est pas fait légalement subroger aux droits et hypothèques du créancier ; s'il a requis la subrogation, l'hypothèque n'est pas éteinte, mais seulement transférée avec l'obligation sur la tête du subrogé. Paris, 5 juillet 1806 (Sirey, VI, 2, 230)."

Op. conf. de Battur, n. 709. Aux numéros suivants cet auteur rappelle les principes relatifs à ceux qui peuvent et à qui l'on peut valablement payer (articles 1138, 1236, 1238, 1239, 1240, 1241, 1243, 1244).

Quant à la nature et aux effets de la subrogation, voir Troplong, *Cautionnement*, n. 371, et les indications aux notes dans l'édition du *Commentaire des commentaires ;* voir aussi ce qu'en dit Troplong, *Hyp.*, t. I, p. 323 et suivantes. Des détails plus étendus à ce sujet appartiennent au titre *des Obligations*.

Il faut en outre consulter : Battur, *Hyp.*, t. IV, n. 711 et suiv.; Duranton, *des Hyp.*, ch. VI, n. 220, ch. VII, n. 290 ; Grenier, n. 496 et suiv.

Jurisprudence.—Dès l'instant que le mari a, même d'une manière fictive, tenu compte aux héritiers de son épouse des sommes qu'il avait touchées pour cette dernière, ses biens sont affranchis de l'hypothèque légale dont ils se trouvaient frappés jusqu'alors. Si donc le mari conserve néanmoins comme donataire ou légataire en usufruit la jouissance de ces sommes, il n'est pas pour cela soumis à l'hypothèque légale qui existait antérieurement. Grenoble, 28 décembre 1833 (S.-V., XXXIV, 2, 397 ; D. P., XXXIV, 2, 71) ; rej., 3 décembre 1834 (S.-V., XXXV, 1, 51) ; Paris, 15 janvier 1836 (S.-V., XXXVI, 2, 158 ; D. P., XXXVI, 2, 69) ; cassation, 15 novembre 1837 (S.-V., XXXVIII, 1, 124 ; D. P., XXXVIII, 1, 9 ; P., XXXVIII, 1, 293) ; Douai, 21 août 1844 (S.-V., XLIV, 2, 497) ; Paris, 9 mars 1844 (S.-V., XLVI, 2, 470). Chardon, *Puiss. marit.*, p. 339.

—Une collocation dans un ordre n'équivaut pas à un payement, et laisse par conséquent subsister l'hypothèque jusqu'à payement effectif. Cassation, 18 mai 1808 (S., VIII, 1, 291 ; D. A., in-4°, IX, 405).

—En sorte que le créancier peut, renonçant au bénéfice de la colloca-

Cependant, si la novation contenait une réserve des hypothèques, ces hypothèques seraient transférées à la nouvelle créance, et ne seraient pas éteintes (1).

847. La dation en payement qui a lieu lorsqu'à la place de ce qui est dû, le créancier consent à recevoir une chose mobilière ou immobilière, opère libération, puisqu'elle équivaut à un payement comme l'indique son nom. Elle engendre novation, elle éteint par conséquent les hypothèques attachées à l'ancienne créance (2).

Mais si le créancier vient à être évincé de la chose, on demande si l'hypothèque de l'ancienne créance renaîtra.

Pour résoudre cette question, il faut d'abord distinguer si l'éviction a lieu pour une cause postérieure au contrat (3) ou imputable au créancier, ou si cette éviction procède d'une

tion, exercer son droit hypothécaire sur d'autres biens du débiteur. Paris 31 août 1815 (S., XVI, 2, 12) ; cassation, 25 février 1839 (S.-V., XXXIX, 1, 297 ; D. P., XXXIX, 1, 61). *Sic* Duvergier, *Consult.* (S.-V., XXXIX, 2, 81).

— Jugé en sens contraire, Paris, 25 avril 1838 (S.-V., XXXIX, 2, 81 ; D. P., XXXVIII, 2, 162 ; P., XXXVIII, 1, 639).

(1) Pothier, Orl., t. XX, n. 59.

Add. Cotelle dit, n. 95 : " Quant à l'extinction des priviléges, outre les moyens ordinaires qui sont communs à l'hypothèque, l'article 2113 la prononce particulièrement comme peine de l'omission des moyens et formalités prescrits pour conserver les différents priviléges. Mais alors, comme on l'a expliqué, c'est le privilége seul qui se perd, et l'hypothèque qui était privilégiée demeure hypothèque simple et ne prend rang que du jour où cette hypothèque, dans laquelle est converti le privilege, a été elle-même inscrite."

(2) Arrêt de cassation du 19 juin 1817 (Sirey, XIX, 1, 35 ; Toullier, t. VII, n. 301). Voyez au surplus, sur la dation en payement, mon *Commentaire de la Vente*, n. 7.

(3) Add. " Par exemple, dit Grenier, n. 501, pour cause d'utilité publique, le créancier ne pourra faire revivre l'ancienne obligation parce qu'elle est éteinte, ni même exercer aucune action en garantie contre le débiteur, parce que *res perit domino*. Voyez arrêt de cassation (Sirey, XIX, 1, 35)."

cause antérieure au contrat, *ex causâ antiquâ vel necessariâ* (1).

848. Si la cause de l'éviction est postérieure au contrat et volontaire de la part du créancier, nul doute que, dans ce cas, les hypothèques éteintes ne revivent pas. C'est une maxime fondée sur la raison que : " *Obligatio semel extincta* " *non reviviscit, nisi justa causa subsit ex qua æquitas subve*- " *niat,*" ou, comme le dit la loi 98, § 8, D., *de solut :* " *In per*- " *petuum sublata obligatio restitui non potest.*" La même règle se tire aussi de la loi 4, C., *de transact.* (2).

849. Mais si la cause est antérieure au contrat, et si c'est une cause nécessaire, il y a plus de difficulté pour savoir si les hypothèques attachées à la créance qu'on a voulu éteindre par la dation en payement reprennent leur force au moment de l'éviction. On trouve sur cette question beaucoup d'opinions contraires.

Jetons d'abord un coup d'œil sur les lois romaines.

" La loi 46, D., *de solut.*, porte ce qui suit : " Si quis aliam " rem pro aliâ volenti solverit, et evicta fuerit res, *manet* " *pristina obligatio ;* et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat ; *nam non accepisset re integrâ creditor,* " *nisi pro solido ejus fieret* (3)." Ce qui signifie :

Si un débiteur donne à son créancier qui l'accepte un immeuble en payement de la chose qu'il lui devait, et si le créancier en est évincé, l'ancienne obligation demeure dans toute sa force. Si l'éviction n'a lieu que pour partie, l'ancienne obligation ne subsiste pas moins pour le tout : car le

(1) Add. Supposé que le débiteur ne fût pas lui-même propriétaire, ou s'il délaisse l'immeuble sur des poursuites hypothécaires dirigées contre lui. (Grenier, n. 502).

(2) Toullier, t. VII, p. 360, n. 300.

Add. Voy. Troplong, *Cautionnement*, n. 482.

(3) Pothier, *Pandectes*, t. III, p. 366, n. 85. Ce texte est tiré d'un ouvrage de Marcianus, sur les *Règles du droit*, lib. III *Regularum*. On peut dès lors le considérer comme étant l'expression d'un principe.

créancier n'aurait pas reçu la chose si elle n'avait pas dû devenir sienne en entier.

La même règle est portée dans la loi 8, C., *de sententiis et interloc.*

" Libera quidem Theodora, quam ex emptionis causâ, vel " in solutum creditori traditam proponis, pronuntiata, citra " provocationis auxilium, sententia rescindi non potest. " Verùm si motâ quæstione, præmissa denuntiatione ei qui " auctor hujusmodi mulieris fuit, judicatum processit, " quanti tuâ interest, empti, si emisti, vel ob debitum redden- " dum, si in solutum data est, repetere non prohibueris."

Si un jugement a déclaré libre Théodora, qui avait été vendue par celui qui s'en croyait le maître, ou qui avait été donnée par le même en payement d'une dette qu'il avait contractée, la sentence ne peut être réformée sans le secours de l'appel, et l'éviction demeure dans toute sa force. Mais.... l'acheteur aura contre son vendeur l'action utile *ex empto ;* ou bien, si cette Théodora avait été donnée en payement, le créancier recourra contre son débiteur pour se faire rendre ce qui lui était dû avant cette dation en payement.

On voit que ces deux lois décident que, malgré la novation produite par la dation en payement, l'action primitive n'est pas éteinte, si le créancier est évincé de ce qu'il a reçu.

850. On oppose contre cette résolution les trois lois qui suivent : la loi 4, C., *de evict.* ; la loi 24 *eleganter*, D., *de pignorat. act. ;* la loi 1, au C., *de rer. permut.*

Voyons ce qu'elles portent.

" Si prædium (dit la loi 4. *de evict.*) tibi *pro soluto* datum " est quod aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris " mutata non est : igitur si hoc jure fuerit evictum, utilis " tibi actio *contra debitorem* competit ; nam hujusmodi con- " tractus vicem venditionis obtinet."

Si on vous donne en payement un immeuble hypothéqué à différents créanciers, leur hypothèque n'en est pas altérée. C'est pourquoi, si ces créanciers vous évincent par l'action hypothécaire, vous avez l'action utile *de evictione* contre votre

débiteur; car le contrat de dation en payement est assimilé à la vente.

Comme on l'aperçoit, cette loi ne prive pas du tout le créancier évincé de l'action qu'il peut avoir contre son débiteur en vertu de l'ancienne obligation : elle se borne à dire qu'il aura l'action utile *de evictione*. Ainsi donc, elle se concilie très bien avec les précédentes, et de leur combinaison il résulte qu'à son choix le créancier aura l'action utile *de evictione*, ou bien l'action résultant de l'ancienne obligation.

851. Passons à la loi *eleganter* 24, D., *de pign. act.* (1).

" Eleganter apud me quæsitum est si impetrasset creditor " à Cæsare ut pignus possideret, idque evictum esset, an " habeat contrariam pignoratitiam. Et videtur finita esse " pignoris obligatio, et à contractu recessum. Imo utilis ex " empto accommodata est, quemadmodùm si pro soluto ei " res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfaciat, vel " in quantum ejus intersit. Et compensationem habere potest " creditor, si fortè pignoratitiâ vel ex aliâ causâ cum eo " agitur."

Lorsque le créancier avait fait mettre en vente la chose hypothéquée, s'il ne se présentait pas d'acheteurs, il obtenait du prince le droit de retenir cette chose *jure dominii*. Un créancier, ayant donc obtenu ce droit, fut évincé de la chose ; et Ulpien fut consulté sur la question de savoir si, à raison de cette éviction, ce créancier avait contre son débiteur l'action pignoratice contraire. Le jurisconsulte commence par dire qu'il semble que le contrat hypothécaire a été éteint, et qu'il y a eu abandon de ce même contrat. Cette solution est donnée sous la forme du doute ; et, sans l'approfondir davantage, Ulpien s'attache à une autre raison, qui doit invinciblement faire triompher celui qui le consulte : c'est que, dans tous les cas, il a l'action utile *ex empto*, de même que, si la chose lui eût été donnée en payement, pour obtenir d'être remboursé de ce qui lui était dû, ou de ses dommages et

(1) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 580, n. 36.

intérêts. Et si son débiteur agissait contre lui par l'action pignoratice directe, ou par toute autre, soit pour la prestation des fautes qu'il aurait commises sur le gage, soit par un autre motif, il pourra opposer la compensation.

Bartole a tiré de cette loi la conclusion que l'éviction ne fait pas revivre l'action originaire: *Nota quod*, *re evictâ*, *primâ actione non agitur* (1); et pour concilier cette solution avec la loi *si quis aliam*, D., *de solut.*, que je citais tout à l'heure, voici comment il raisonne : Dans la loi *si quis aliam*, le jurisconsulte suppose qu'on a donné une chose en payement d'une autre chose : *Ibi datur in solutum species pro specie;* au contraire, dans la loi *eleganter*, on a donné une espèce à la place d'une somme d'argent : *hic species pro pecuniâ.* Or, quand on donne une chose à la place d'une somme d'argent, c'est une vente, et l'on sait que le vendeur se libère en livrant la chose, quoiqu'il n'en rende pas l'acheteur maître et propriétaire : " Quando datur species pro " pecuniâ, contrahitur emptio, in quâ liberatur venditor " tradendo rem, licet non faciat emptorem dominum, ut *leg.* " *ex empto* in principio *de act. empt.*" Ainsi le contrat de vente est parfait par cela seul, et l'on renonce au premier engagement. " Et idem perficitur contractus emptionis, et " receditur à primo." Mais quand on donne une espèce pour une espèce, ce n'est pas une vente, c'est un échange, ou le contrat innomé *Do ut des*, dans lequel on exige que la chose devienne parfaitement la propriété de celui qui la reçoit : " Sed quando datur species pro specie, non potest dici emptio, " sed est permutatio, vel *do ut des* in quibus requiritur quod " res perfectè fiat accipientis, ut L. fin. D., *de condict. ob* " *causam*, et L. 1, *de rer. permut.*"

Tel est aussi le sentiment de Cynus sur la loi *libera Theodora*, C., *de sent.*, et de la glose sur la loi *eleganter*.

Ce qu'il y a de remarquable en faveur de cette interprétation, c'est ce que Cujas l'adopte au liv. XIX de ses Observa-

(1) Sur la loi *eleganter*, D., *de pign. act.*

tions, chap. XXXVIII, où il la corrobore de nouveaux arguments tirés de la loi, au C., *de rer. permutatione.*

" Voici les termes de cette loi : " Si cùm patruus tuus
" venalem possessionem haberet, pater tuus pretii nomine
" (licèt non taxatâ quantitate) aliam possessionem dedit ;
" idque quod comparavit, non injuriâ judicis nec patris tui
" culpâ, evictum est ; ad exemplum ex empto actionis non
" immerito id, quod tuâ interest, si in patris jura successisti,
" consequi desideras. At si, cùm venalis possessio non esset,
" permutatio facta est, idque quod ab adversario præstitutum
" est, evictum est, quod datum est, si hoc elegeris, cum ra-
" tione restitui postulabis."

Je vais donner le sens de cette loi, d'après Cujas, dans ses récitations solennelles sur le code *de rer. permutatione.*

Votre oncle paternel ayant mis un fonds en vente, vous dites que votre père l'a acheté sans que le prix fût précisément déterminé , et qu'il a donné en payement un autre fonds. Il est arrivé, suivant votre exposé, que le fonds transmis par votre oncle à votre père a été évincé, et il paraît certain que cette éviction n'a eu lieu ni par l'injustice du juge ni par la faute de votre père. Dans ce cas, on ne peut pas dire que ce soit positivement une vente ; car il n'y a pas eu de prix certain, *non interveniunt nummi ;* c'est un échange en vertu duquel vous compétera l'action *præscriptis verbis*, ou, comme le dit le texte lui-même, une action à l'instar de l'action *ex empto*, Cette action aura pour but de vous faire indemniser de l'éviction soufferte. Mais vous ne pourrez pas avoir la condiction de la chose que votre père a donnée en contre-échange ; car le contrat intervenu entre votre oncle et votre père a une grande affinité avec la vente, à raison de la circonstance que la propriété de votre oncle était mise en vente, et que ce n'est qu'à titre de prix qu'il a reçu la chose. Or, dans le contrat de vente, l'acquéreur évincé n'a que l'action d'éviction, et l'on sait que le contrat de vente n'est pas résolu parce que l'acheteur est évincé. Mais si la chose de votre oncle n'avait pas été mise en vente, alors ce serait

un échange pur et simple, et vous auriez à votre choix, ou l'action *præscriptis verbis* pour vous faire indemniser de l'éviction, ou la condiction *ob causam* pour reprendre la chose donnée en contre-échange à votre père.

Quoiqu'il soit fort téméraire de combattre les opinions du grand Cujas, j'avoue que je ne vois pas que cette loi confirme le principe que l'éviction de la chose donnée en payement ne fait pas revivre l'ancienne créance qu'on aurait voulu solder. Cette loi s'occupe d'un cas où il n'y a pas eu conversion d'une obligation primitive en une obligation postérieure : elle ne parle pas d'une novation. Elle a pour but d'indiquer les actions résultant du seul et unique contrat intervenu entre le père du demandeur et son oncle. A la vérité, cette loi prouve qu'il y a une différence pour les actions qui en découlent entre la vente et l'échange, et c'est ce qu'on ne conteste pas. Mais y a-t-il une différence entre la vente et l'échange pour faire revivre l'obligation primitive qu'on a voulu éteindre par une dation en payement équivalant à vente, ou par une dation en payement contenant échange ? C'est ce dont la loi 1, C., *de rer. permut.*, ne s'occupe pas.

Il faut donc voir si cette différence est formellement consacrées par les lois dont j'ai parlé ci-dessus.

852. On a vu que tous les auteurs, et à leur tête Bartole et Cujas, reconnaissent que, dans le cas d'échange, si la chose est évincée, le contrat primitif subsiste. Mais, à l'égard de la vente, Bartole et Cujas sont d'une opinion contraire sur le fondement de la loi *eleganter;* et on est forcé d'avouer que, pour arriver à cette différence, ces deux grands interprètes ont tiré un très-habile parti de la diversité d'effets que le droit romain attribuait à la vente et à l'échange.

Cependant je suis forcé de dire que je conserve des doutes, et il me semble que la loi *eleganter* n'est pas assez formelle pour autoriser une différence qui répugne à la justice. Ulpien ne dit pas positivement que l'action pignoratice n'a pas lieu, et que le contrat de gage, pour lequel est intervenue la

dation en payement, est éteint; il propose cela sous la forme du doute: *Et videtur finita esse pignoris obligatio*, etc. Cette manière dubitative de s'exprimer ne me paraît pas conduire à un résultat différent de celui qui est si énergiquement et si explicitement donné par les lois 46, D., *de solut.*, et 8, C., *de sent.*, et je remarquerai sur cette dernière loi qu'elle ne dit pas, comme le suppose Bartole, que dans l'espèce on avait donné en payement *species pro specie.* Elle dit que Théodora avait été donnée en payement *pro debito*, ce qui suppose une dette d'argent, d'après le langage ordinaire.

Ainsi il faut dire que, par les lois romaines, la dation en payement n'éteint l'obligation primitive qu'autant que le créancier n'est pas évincé; et que si l'éviction prouve que le débiteur ne lui a transféré qu'un domaine révocable, la première obligation renaît avec l'accessoire de ses hypothèques. C'est l'opinion de Doneau (1), de Voet (2) et de Renusson (3).

(1) Sur la loi 4, C., *de evict.*, n. 5.

(2) *Ad Pandect.*, lib. XLVI, t. III, n. 13.

(3) *Subrog.*, ch. V, n. 21 et suiv.

Add. Grenier, n. 502, rappelle aussi la difficulté née en droit romain: " Par rapport aux hypothèques, dit-il, Basnage pensait qu'elles devaient revivre avec l'ancienne créance. La loi 46, ff. *de solut.*, autorisait cette opinion en termes formels. *Si quis*, dit la loi, *aliam rem pro aliâ volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio.* Il est vrai que d'autres lois paraissent contraires.

" Les interprètes avaient imaginé plusieurs moyens de concilier ces lois, mais il faut convenir que l'antinomie était plutôt apparente que réelle; aussi Basnage remarque, avec beaucoup de justesse, que ces dernières lois ne décident pas que la premiere obligation est irrévocablement éteinte. " Elles donnent, dit-il, véritablement au créancier *actionem* " *utilem ex empto*, pour ses dommages-intérêts; mais elles ne lui ôtent " pas l'action et l'hypothèque de la première obligation, laquelle peut " subsister avec l'action utile *ex empto.* Par l'une, il peut rentrer dans " ses premiers droits après l'éviction, et par l'autre, il peut demander les " intérêts et les dommages qu'il souffre à cause de sa dépossession." Tel était aussi le sentiment de Renusson, *Traité de la subrogation*, n. 21 à 40, et de Dumoulin, t. I, p. 331, n. 38, édit. de 1681. En un mot, les anciens auteurs disaient que, dans ce cas, la première obligation était plutôt assoupie qu'éteinte, *potiùs sopita quàm extincta.*"

853. Voilà donc le principe trouvé (1). C'est dans les lois 46, D., *de solut.*, et 8, C., *de sent.*, qu'il faut le chercher ; mais, pour le développer dans toute son étendue et sa clarté, il faut distinguer plusieurs cas.

Le premier cas a lieu lorsque le créancier évincé veut faire revivre l'ancienne créance à l'égard du débiteur.

Le second cas a lieu lorsqu'il veut la faire revivre envers les tiers, créanciers du débiteur.

Le troisième cas à remarquer est celui où l'hypothèque qu'on veut faire revivre frappe sur des biens autres que le bien donné en payement.

Le quatrième cas se présente lorsque l'hypothèque qu'on veut faire revivre a eu lieu sur l'immeuble même qu'on a reçu en payement (2).

(1) Il doit surtout prévaloir dans le système de la jurisprudence moderne. Car, en admettant la distinction de Bartole et de Cujas, entre le cas d'échange et le cas de vente, il faudra dire que la théorie du code civil sur la transmission de la propriété par le moyen de la vente étant absolument conforme à celle qui avait lieu dans le droit romain lorsqu'il y avait échange (voyez mon *Commentaire* sur le titre *de la Vente*, n. 4 et suiv.), on ne doit pas hésiter dès lors à donner la préférence aux lois 46, D., *de solut.*, et 8, C., *de sent.*, qui sont la raison écrite.

(2) Add. Persil, *Rég. hyp.*, article 2180, n. 12, ne fait pas ces distinctions ; il se borne à dire : " Dans tous les cas, l'hypothèque suit le sort de l'obligation principale, et comme tout autre accessoire, elle cesse d'avoir son effet lorsque l'obligation principale est éteinte ; mais qu'arriverait-il si l'obligation venait à revivre, comme, par exemple, lorsque le créancier est évincé de la chose qu'on lui avait donné en payement ? Dans ce cas, l'hypothèque suit encore le sort de l'obligation ; et s'il arrivait que l'inscription n'eût pas été rayée, elle serait censée n'avoir jamais cessé d'exister, et donnerait au créancier le même rang qu'auparavant : mais si la radiation avait suivi le payement, tout en faisant revivre l'hypothèque, l'on ne pourrait pas lui donner d'autre rang que celui de la nouvelle inscription, parce qu'autrement ce serait tromper les tiers et les induire en erreur."

Grenier non plus ne fait pas toutes ces distinctions. Après avoir dit, n. 502, qu'en droit romain la première obligation était plutôt assoupie qu'éteinte, il ajoute : " Mais il est impossible de suivre cette opinion. En

premier lieu, elle n'était pas sûre sous l'ancienne législation ; il y avait une infinité de raisons pour soutenir que l'hypothèque n'aurait pu revivre étant une fois éteinte, s'il n'y en avait eu une réserve expresse dans le contrat de dation en payement. En second lieu, cette opinion est incompatible avec la publicité de l'hypothèque, qni fait la base de notre législation actuelle. Comme on ne peut détacher l'hypothèque de l'inscription qui a été prise pour la conserver, il faut nécessairement que l'inscription déjà prise par le créancier qui reçoit l'immeuble en payement subsiste, ou qu'elle soit radiée. Il est indispensable qu'elle subsiste si le créancier veut conserver son hypothèque, en cas d'éviction, à l'égard des créanciers qui auraient pris des inscriptions postérieurement à la radiation. Car si l'inscription était une fois radiée, l'hypothèque disparaîtrait ; et toute réserve qui pourrait en être faite par le contrat de dation en payement ne ferait point revivre cette hypothèque, ou l'inscription qui aurait été prise en vertu de cette même hypothèque au préjudice des tiers qui auraient contracté dans la suite avec le débiteur. Ces tiers ne peuvent connaître d'autres hypothèques que celles qui sont publiques par une inscription en vigueur. Mais si l'inscription doit subsister pour assurer la créance pour laquelle il y a dation d'un immeuble en payement, dans le cas où il y aurait éviction de cet immeuble, alors le débiteur se sera libéré, et cependant sur le fondement de la simple possibilité d'une éviction, il demeurera toujours grevé d'une inscription.

" Dans une pareille position, il semble qu'il n'y a qu'à choisir entre deux partis : ou de se réserver, de la part du créancier qui reçoit un immeuble en payement, l'inscription déjà prise pour la créance même, à l'effet d'assurer le recouvrement de la créance en cas d'éviction de l'immeuble, et l'on sent que dans ce cas l'inscription subsisterait ; ou de consentir à la radiation de l'ancienne inscription, avec convention qu'il en sera pris une nouvelle d'après le second contrat, toujours en vertu des anciens titres, pour sûreté de la créance en cas d'éviction de l'immeuble donné en payement. On sent que cette dernière inscription ne donnerait rang que du jour de sa date. Le sort du débiteur sera évidemment amélioré par la disparition de la première inscription, et par l'avertissement que la seconde inscription donnerait aux tiers avec lesquels il voulait contracter, qu'il y a une libération par la dation en payement, et qu'il ne s'agit que d'une inscription purement conservatoire et conditionnelle, qui n'est jamais aussi grevante qu'une inscription prise pour une créance déterminée et positive. Il pourrait encore être stipulé par le nouvel acte que le créancier aurait la faculté de se faire inscrire sur l'immeuble déjà hypothéqué à la créance, pour la somme à laquelle on fixerait les dommages-intérêts résultant de l'éviction de l'immeuble

donné en payement, si cette éviction devait avoir lieu. On sent que cette hypothèque ne peut remonter au delà du second acte.

" Au surplus, toutes ces précautions ne peuvent être prises que dans le cas où il existerait un danger réel d'éviction. Car si l'on en est à l'abri, un débiteur serait gratuitement grevé par toutes ces mesures ; et s'il y avait lieu de craindre, il pourrait être plus prudent de la part du créancier de demeurer dans la position où il est. Tous engagements conditionnels quelconques en matière de vente, de transcription et de purgation d'hypothèque, rencontrent presque toujours de graves inconvénients dans leur exécution."

Cette opinion est suivie par Rolland de Villargues, *Dation en payement*, n. 25. Voy. *infrà*, Troplong, n. 862.

Battur dit, n. 711 : " Si le payement, ou ce qui devait en tenir lieu, n'avait point d'effet, l'hypothèque revivrait avec la créance, comme si le créancier avait pris en payement une dette avec garantie et qu'il ne pût en être payé, ou un fonds avec la même garantie dont il fût évincé, ou qu'un mineur eût donné quittance dont il fût relevé, car, dit Domat, tit. I, sect. VII du liv. III, article 6, ces sortes de payements renferment la condition qu'ils subsisteront. Si, au contraire, un majeur s'était contenté du transport d'une dette à ses périls, et avait donné quittance, l'hypothèque et la créance demeureraient éteintes, quoique le créancier ne pût être payé de la dette cédée.

" *Debitum cujus meministi quod per pacti conventionem inutiliter factam remisisti, etiam nunc petere non vetaris et usitato more pignora vindicare.* L. 5 C., *de re pign.*"

Voy. *infrà*, Troplong, n. 857.

Battur dit encore, n. 752 : " Le bail en payement, *datio in solutum*, d'un fonds de terre, est-il résolu par l'éviction d'une partie ? On ne doit point confondre ce qu'on appelle, en droit, la *dation en payement* avec la vente ; car cette dation en payement n'est en aucune manière une vente, *nec re nec æquiparatione*. De ce que, dans le texte *in L. si prædium*, C., *de evict.*, elle obtient la place de la vente, il n'en faut point conclure qu'elle soit *vente* par sa nature ; parce qu'autre chose est d'être telle chose, ou d'être prise pour telle chose : toute similitude, en droit, est une figure de la chose, mais non la chose même : c'est l'opinion de Balde, *in leg.* 1 *in fin.*, C., *de patribus qui filios distrax.*, et celle d'autres docteurs.

" Lorsque j'ai vendu un immeuble pour la somme de 10,000 fr. qui viendraient en compensation de pareille somme que je croyais vous devoir, si je viens à découvrir que je ne vous la devais pas, ou que je ne vous devais pas tant, je ne peux répéter la chose que je vous ai vendue,

854. Lorsqu'on veut faire revivre l'ancienne créance et ses hypothèques contre le débiteur lui-même, ce dernier ne peut avoir aucun moyen de résister à cette prétention légitime. C'est particulièrement au débiteur qu'est applicable le principe contenu dans les lois romaines que j'ai citées. Le code civil n'est pas moins formel. L'éviction résolvant la dation en payement, les choses sont remises au même état que si le

mais je peux seulement répéter de vous le prix que j'ai compensé avec une somme que je ne vous devais pas : c'est l'action *ex vendito ad pretium consequendum.* Au contraire, lorsque je vous ai donné une chose en payement d'une somme que je croyais, par erreur, vous devoir, c'est la chose même que j'ai le droit de répéter de vous ; car, mon action, en ce cas, est ce qu'on appelle *condictio indebiti per errorem soluti,* ou *condictio sine causâ.* Voilà la différence qui distingue principalement la vente de la dation en payement. Cette réflexion, appuyée de l'autorité de Balde, de Pothier et d'autres docteurs, nous a autorisé à ne point partager l'opinion de Dumoulin, n. 47.

" Lorsque le créancier, à qui un immeuble a été donné en payement, en a été évincé de tout ou partie, il a une action utile ; à l'instar seulement de l'action *ex empto,* contre le débiteur qui le lui a donné en payement, *actio utilis ex empto,* outre laquelle le créancier conserve toujours l'action qui naît de sa créance. Mais cette action *utilis ex empto* lui est souvent plus avantageuse, parce qu'elle comprend ses dommages et intérêts, et que toutes les obligations de garantie en dérivent. (Voy. Pothier, *Contrat de vente*).

" Cette différence établie, on n'appliquera point à la dation en payement les règles relatives à la vente. L'éviction d'une partie des héritages donnés en payement fera résoudre entièrement le contrat, (Dumoulin, tit. 1, *Glose.* 5, v. *Vendu*, n. 46.) d'après la loi *si quis alium* ff. *de solut.*; ce qui n'arrive point quand il s'agit d'une vente ; à moins que la partie ne soit d'une telle conséquence, relativement au tout (article 1636 du code civil), que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé ; cas auquel il peut faire résilier la vente. Dumoulin, en adoptant le principe consigné en la loi 1, ff. *de evict.*, que la vente ne peut être résolue pour éviction d'une partie, ajoute à la limitation consacrée par l'article 1636 du code civil une autre limitation : quand il y a dol de la part du vendeur qui savait que cette partie serait évincée, Traité *de divid. et individ.*, part. 3, n. 617 et 618. De ce que, pour éviction d'une partie, la dation en payement est résolue pour le tout, il s'ensuit que les

contrat de dation en payement n'eût jamais existé. Telle est la disposition de l'article 1183 du code civil. Le créancier n'a consenti à l'extinction de sa créance que sous la condition qu'il ne serait pas troublé dans la jouissance de l'immeuble donné en payement. L'extinction de la créance n'était donc que conditionnelle. Or, la condition venant à manquer, on doit dire que la créance n'a jamais éteinte : elle a seulement été assoupie. *Non à morte sed à somno resurgit.* C'est l'opinion de tous les auteurs (1).

Néanmoins, si l'éviction, au lieu de procéder *ex causâ antiquâ vel necessariâ*, provenait d'une cause personnelle au créancier et postérieure au contrat de dation en payement, alors l'obligation précédente ne renaîtrait pas; et ce serait le cas d'appliquer la maxime: " Obligatio sive actio semel " extincta non reviviscit;" ou, comme le dit la loi 98, § 8, D., *de solut.:* " *In perpetuum sublata obligatio restitui non* " *potest* (2)."

La raison en est que le débiteur, qui a donné une chose en payement, n'est pas responsable des faits d'éviction qui surviennent postérieurement au contrat, ou par le fait de l'acquéreur. Pour que la transmission de propriété soit censée faite irrévocablement par le vendeur, il suffit que l'éviction ne provienne pas *ex causâ antiquâ et necessariâ.*

hypothèques du créancier revivront dans leur intégrité, et celles consenties sur l'immeuble avant l'éviction s'évanouiront."

Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 204, dit également : " *Quid* si cette obligation vient à revivre par la suite ; si, par exemple, le créancier a reçu en payement une chose dont le débiteur n'était pas propriétaire, et dont il ait été évincé par la suite ? Dans ce cas, il est vrai de dire que l'obligation n'est pas éteinte (article 1238) ; mais cependant si l'inscription a été rayée, l'hypothèque n'a plus de rang qu'à compter de la nouvelle inscription qui pourra être prise. (Argument tiré de l'article 2038.) Autrement les tiers seraient journellement exposés à être trompés ; ce qui est contraire au système de publicité."

(1) Renusson, *loc. cit.;* Basnage, *Hyp.*, ch. XVII ; Toullier, t. VII, p. 364.

(2) Voy. aussi la loi 4, C., *de transact.*, et Toullier, t. VII, p. 360, n. 300.

855. Mais l'hypothèque de l'ancienne créance revivra-t-elle à l'égard des tiers ?

Distinguons d'abord les tiers ayant hypothèque avant la dation en payement, et les tiers ayant hypothèque postérieurement.

A l'égard des premiers, donnons une hypothèse. Je supposerai que l'hypothèque qu'on veut faire revivre est établie sur des biens autres que ceux donnés en payement. *Putà* (1) :

J'ai hypothèque sur les biens *A*, *B*, *C*, appartenant à Titius, mon débiteur. Mon hypothèque est inscrite le 24 janvier 1824. Secundus a une hypothèque inscrite le 1er janvier 1825, et Tertius une troisième hypothèque inscrite en février 1826. Le 1er mars 1827, Titius me donne en payement le fonds *D;* mais Rémy, qui avait vendu cet immeuble à Titius, et qui n'en avait pas été payé, se pourvoit en résolution du contrat et m'évince. On sent l'intérêt que j'aurai à revenir armé de ma créance originaire, pour faire valoir mon hypothèque sur les fonds *A*, *B*, *C*. Mais Secundus et Tertius seront-ils fondés à me dire que mon hypothèque a été éteinte à leur égard, et qu'elle ne peut plus revivre ?

Dans l'ancienne jurisprudence, cette question eût été décidée sans aucun doute contre Secundus et Tertius ; car, n'éprouvant aucun dommage de ma présence, ils se plaindraient sans grief, les choses se trouvant dans le même état où elles étaient lorsqu'ils ont contracté. Aussi voit-on que les auteurs décident, en général, que l'éviction fait revivre les hypothèques attachées à l'ancienne créance (2).

856. Cette solution s'autorise de ce qui avait lieu en matière de délaissement. Lorsque le créancier, qui avait reçu en payement la chose sur laquelle il avait hypothèque, en était évincé, il redevenait créancier en vertu de l'obligation primitive, et reprenait son rang d'hypothèque au regard de tous ceux qui avaient hypothèque sur l'immeuble avant la

(1) Ainsi il n'y a pas confusion.

(2) Renusson et Basnage, *loc. cit.*

dation en payement (1). C'est ce que décide l'article 2177 du code civil, ainsi qu'on l'a vu ci-dessus.

A la vérité, il n'est question ici que des droits d'hypothèque que le créancier avait, avant la dation en payement, sur l'immeuble même qui lui a été donné en payement; au lieu que, dans la difficulté qui m'occupe en ce moment, les hypothèques qu'on veut faire revivre sont assises sur d'autres biens que celui donné en payement. Mais les raisons de décider sont les mêmes pour l'un et l'autre cas. Elles se rattachent toujours au même principe, que la dation en payement n'a pas été définitive.

857. Ce qui était ainsi décidé avant le code civil doit-il être également admis depuis que l'ypothèque a été rendue publique et qu'elle est soumise à l'inscription ?

Je crois que les principes sont les mêmes. Pour les appliquer sous le code civil, on trouve un argument extrêmement fort dans l'article 2177 du même code (2). Néanmoins, il est certaines circonstances où l'on peut demander si les règles de la publicité ne les font pas plier.

L'hypothèque doit être inscrite ; c'est l'inscription qui lui donne un rang utile. Mais supposez que le débiteur, qui se croit libéré par la dation en payement qu'il m'a faite, fasse radier mon inscription sur les fonds *A*, *B*, *C*. Il est possible que, me croyant payé et indemnisé, et ne prévoyant pas de chances d'éviction, je donne quittance pleine et entière, et que j'autorise même la radiation.

Dans ce cas, si je viens à être évincé, la radiation m'aura fait perdre mon rang ; et Secundus et Tertius, qui ne marchaient qu'après moi, me primeront (3).

(1) Loyseau, liv. VI, ch IV, n. 14 et 15, et ch. VII, n. 7.

(2) Add. Voy. *suprà*, n. 853, note 5, p. 321.

(3) Add. Duranton, *Hyp*., n. 294, va beaucoup plus loin : " Si c'était, dit-il, par suite de payement fait au créancier que l'inscription de celui-ci eût été rayée, dans le cas où il aurait été évincé de la chose donnée en payement, parce que le débiteur n'en était pas propriététaire, ou

C'est en vain que je prétendrais reprendre mon premier rang. En vertu de quoi pourrais-je m'y placer ? Je n'ai plus d'inscriscrion dont je puisse me prévaloir.

858. Pour éviter cet inconvénient, le créancier, qui reçoit en payement une chose sur laquelle il peut avoir des craintes d'éviction, fera bien de stipuler qu'il se réserve, en cas de péril, son hypothèque ancienne et son inscription, et qu'il n'en sera pas accordé radiation. Cette précaution revient à peu près à celle que Bartole conseillait de prendre sous l'ancienne jurisprudence : " Nota ut solet apponi in contrac- " tibus dationis in solutum clausulam, *quod si contingeret* " *rem evinci, remaneat actio in pristino statu* (1)."

Mais remarquez bien que j'ai dit que le créancier évincé peut prendre une nouvelle inscription, à la date de laquelle il fera valoir son droit d'hypothèque ; car, si la radiation lui a fait perdre son rang, la dation en payement ne lui a pas fait perdre son hypothèque (2).

Quid si l'inscription que j'avais à la date du 24 janvier 1824 est périmée depuis la dation en payement ?

On doit décider que cette péremption m'a fait perdre mon rang ; je devais prévoir l'événement qui est arrivé ; et, en père de famille diligent, je devais renouveler mes inscriptions sur les immeubles *A*, *B*, *C*, pour la conservation de mon droit (3).

859. Maintenant voyons ce qui concerne les créanciers qui ont acquis hypothèque postérieurement à la dation en payement.

Finge. J'ai sur les fonds *A*, *B*, *C*, une hypothèque inscrite

n'était pas capable de l'aliéner (article 1238), l'inscription serait rétablie avec son rang primitif quant aux créanciers déjà inscrits au moment de la radiation, mais à la date du rétablissement quant aux créanciers inscrits postérieurement à cette radiation."

(1) Sur la loi *eleganter*, D. *de pign. act.*

(2) *Suprà*, n. 737.

(3) *Suprà*, n. 842.

le 24 janvier 1824. Le 30 avril 1825, Titius, mon débiteur, me donne en payement le fonds *D*. Quelque temps après, il consent hypothèque sur les immeubles *A*, *B*, *C*, à Secundus et Tertius. Mais il arrive que je suis évincé du fonds *D*, *ex causâ necessariâ et antiquâ*. Pourrai-je alors faire valoir mon ancienne hypothèque contre Secundus et Tertius ?

Toullier décide que non (1). Cette opinion paraît être aussi celle de Grenier (2). Elle a été adopté par un arrêt de la cour de Nancy du 5 mars 1827, que les recueils n'ont pas donné, mais que je puise dans les registres du greffe de cette cour.

Voici les faits : Petit-Bien avait été condamné à payer certaines sommes au sieur Garnier, par jugements de ventôse an XII et de juillet 1806. Garnier prit inscription à la date des 20 thermidor an XII et 20 août 1806. Pour se libérer, Petit-Bien passa le 20 février 1811, à Garnier, un acte par lequel il lui donna en payement un jardin situé dans la commune d'Uruffe, avec faculté de rachat pendant cinq ans.

Mais ultérieurement, Garnier fut évincé par l'effet de poursuites hypothécaires. Pour faire revivre ses droits anciens, il prit, en janvier 1823, une inscription en vertu des deux jugements des 20 thermidor an XII et 20 août 1806.

Maintenant il faut savoir que, par acte sous seing privé du 7 prairial an XII, Petit-Bien avait vendu au sieur Godefrin différentes pièces de terre et prés, situés sur le ban d'Uruffe. Cet acte sous seing privé n'ayant pas foi contre les tiers, Godefrin obtint, au mois de décembre 1814, jugement qui condamnait Petit-Bien à passer un acte authentique. A cette époque, l'inscription prise par Garnier, le 20 thermidor an XII, sur les biens vendus par Petit-Bien, était déjà périmée ; et celle prise par le même le 7 août 1806 le devint bientôt après. Plus tard, Godefrin vendit à un sieur Bernard les

(1) T. VII, n. 307, p. 367.

(2) T. II, p. 446, n. 502.

Add. Voy. *suprà*, n. 853, aux notes.

biens qu'il avait acquis sur Petit-Bien. Mais, dans le courant de janvier 1824, Garnier, muni de son inscription de 1823, qui affectait tous les biens du débiteur, dirigea des poursuites en délaissement contre Bernard.

Bernard appela Godefrin en garantie. Celui-ci prétendit, contre Garnier, que la dation en payement avait éteint ses droits hypothécaires, et que, par conséquent, il n'avait pu prendre une nouvelle inscription pour s'assurer le droit de suite. Il soutenait que l'éviction soufferte par Garnier n'avait pu faire revivre des droits définitivement éteints ; et, pour prouver que Garnier en avait lui-même ainsi jugé, il disait qu'il n'avait pas renouvelé en temps utile ses anciennes inscriptions.

Ce système a été adopté par l'arrêt de la cour, dont on va lire les considérants.

" Attendu que, d'après l'article 834 du code de procédure " civile, la faculté d'inscrire postérieurement aux aliénations " ne peut appartenir qu'au créancier ayant hypothèque au " moment de ces aliénations ; que c'est à la date des 1er et " 12 décembre 1814 que les immeubles dont il s'agit ont " passé, dans la forme authentique, entre les mains de Gode- " frin et de Bernard son acquéreur, et qu'on en poursuit " aujourd'hui le délaissement contre ce dernier, en vertu des " anciennes hypothèques judiciaires, qui s'attachaient aux " jugements des 17 pluviôse an XII et 21 juillet 1806;

" Mais, considérant qu'à l'époque des aliénations de 1814 " ces hypothèques avaient cessé d'exister ; que leur extinc- " tion avait été la conséquence de l'acte de dation en paye- " ment du 15 février 1811, par lequel le débiteur originaire, " pour se libérer des causes de ces hypothèques, avait vendu " à son créancier Garnier le jardin désigné dans cet acte de " dation en payement ;

" Considérant que, pour conserver les anciennes hypo- " thèques en cas d'éviction, cet acte aurait dû au moins en " contenir la réserve expresse et spéciale pour des cas d'évic- " tion déterminés, notamment pour le cas d'éviction de cet

" immeuble par l'action hypothécaire, mais qu'on ne trouve " dans l'action de dation en payement aucune réserve à cet " égard; qu'aussi voit-on que Garnier, interprétant lui-même " cet acte dans le sens de l'extinction complète de ses titres " hypothécaires, a négligé de les conserver par le renouvelle- " ment de ses inscriptions, celle du 20 thermidor an XII étant " déjà périmée avant les actes d'aliénation de 1814, et celle " du 7 août 1806 l'ayant été peu de temps après; qu'alors, " possesseur paisible, tant par lui que par son acquéreur, du " jardin qui lui avait été donné en payement, il a cessé pen- " dant plus de cinq ans, depuis cette dernière péremption, " de s'occuper de la conservation de prétendus droits hypo- " thécaires qu'il savait éteints; qu'il ne s'en est pas occupé " davantage lorsqu'il fut averti des dangers de l'éviction par " l'action hypothécaire dirigée contre son acquéreur en 1821. " ... qu'ainsi, en résultat, les anciennes hypothèques de " Garnier, anéanties depuis longtemps, non réservées pour " le cas d'éviction survenu, ni conservées par des inscrip- " tions, n'ont pu servir de base aux commandements et som- " mations des 17 et 28 décembre 1824."

860. J'avouerai qu'il ne m'est pas possible de me rendre aux autorités que je viens de citer. Je ne vois pas pour quel motif on voudrait s'écarter, à l'égard des tiers, des principes posés par les lois romaines; ils sont avoués par la raison et par l'équité; et le système de publicité qui fait la base du régime hypothécaire ne peut y apporter que quelques modifications légères dont je veux parler, et qui ne sont que des exceptions à la règle, loin d'en être la destruction.

J'examinerai d'abord la question à l'égard de ceux qui ont acquis, postérieurement à la dation en payement, des biens grevés d'hypothèques que cette dation en payement avait pour but de faire disparaître.

J'examinerai ensuite la question relativement aux tiers qui ont acquis hypothèque sur ces biens postérieurement à la dation en payement.

Grenier et Toullier n'ont pas distingué ces cas. Ils ont parlé en général. Je crois devoir suivre une autre route.

861. La dation en payement n'éteint la créance ancienne et ses accessoires que lorsqu'il y a translation *irrévocable* du domaine. "Cùm res est irrevocabiliter et incommutabiliter acquisita," comme disent les docteurs (1). C'est une règle qui ne peut être révoquée en doute, d'après tout ce que j'ai dit ci-dessus.

Mais, une fois la règle admise, il faut en subir toutes les conséquences ; et ces conséquences doivent s'étendre non-seulement entre le créancier et le débiteur, mais encore aux tiers qui ont traité avec le débiteur. Les hypothèques, qui affectaient dans l'origine les biens postérieurement vendus à des tiers, n'ont été abandonnées par le créancier qu'à la condition tacite que ce qui lui a été donné en payement lui serait irrévocablement acquis. C'est aussi à cette même condition que le débiteur a transmis ses droits aux tiers : il n'a pu leur transférer que les droits qu'il avait lui-même. La clause inhérente de la réapparition de l'hypothèque dans le cas prévu affectait les immeubles qui n'étaient libres que conditionnellement. Cette clause les a suivis, en quelques mains qu'ils soient passés : c'était une clause résolutoire de l'affranchissement des biens, et l'on sait que les conditions résolutoires sont réelles, et qu'on peut les exercer contre les tiers. Il me semble que je suis ici dans les véritables principes.

862. Mais, dit Toullier (2) d'après l'article 1165 du code civil, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Or, le contrat de novation, qui contient la clause résolutoire, est étranger aux tiers qui n'y étaient pas parties. Donc, la clause résolutoire leur est également étrangère (3).

(1) Voy. Tiraqueau, *De retract. gentil.*, § 1, glos. 7, n. 70, et les nombreux auteurs qu'il cite. Voy. *suprà*, n. 852, *in fine*.

(2) T. VII, p. 365.

(3) Add. C'est aussi l'opinion de Battur. Voyez *infrà*, n. 867 3°.

Mais, si je ne me trompe, cette raison ne signifie absolument rien ; car, si le contrat de novation est étranger aux tiers, comme le dit Toullier, il faudra donc en conclure qu'ils ne peuvent s'en prévaloir pour soutenir que les anciennes hypothèques sont éteintes ; car c'est un principe que "*res inter alios acta tertio non nocet* NEC PRODEST." Est-il possible de scinder le contrat, et de faire que les tiers demeurent simplement étrangers à la clause résolutoire, qui les gêne, tandis qu'ils se prévaudraient des dispositions principales de l'acte pour prouver la libération ?

Au surplus, il est faux de dire que les créanciers postérieurs soient étrangers à la clause résolutoire. Ils sont les ayants cause du débiteur ; ils n'ont d'autres droits que ceux qu'il avait lui-même.

Grenier (1) s'est placé sur un autre terrain pour combattre les principes anciens auxquels je me rallie. Il prétend qu'ils sont incompatibles avec la publicité de l'hypothèque, qui fait la base de notre législation actuelle. Mais je vais prouver que Grenier est dans l'erreur.

En effet, trois cas peuvent se présenter ; et pour les faire mieux saisir, je reviens à l'exemple que je posais au commencement de ce numéro. On supposera qu'après la dation en payement, le débiteur a consenti vente à Secundus et à Tertius des immeubles *A*, *B*, *C*.

863. Il est possible, en premier lieu, que, malgré la dation en payement, j'ai laissé subsister mon inscription du 24 janvier 1824. Dans ce cas, de quoi pourront se plaindre Secundus et Tertius lorsque je viendrai, en cas d'éviction, faire valoir mes droits anciens en vertu de cette inscription ? A l'époque où ils ont acquis, ils ont vu cette inscription chez le conservateur ; ils ont su qu'elle grevait les immeubles *A*, *B*, *C*. Ainsi la publicité, loin de contrarier les principes anciens, fait que dans cette hypothèse ils reçoivent une nouvelle force de la circonstance que la fraude est impossible.

(1) T. II, p. 446.

Dans l'espèce jugée par la cour de Nancy, l'une des inscriptions du créancier était encore subsistante au moment de l'acquisition faite par Godefrin. Il avait dû tenir compte au moins de celle-là. Je ne vois pas que la publicité dont on parle tant ait le pouvoir de faire plier ici les anciens et véritables principes.

864. Il est possible, en second lieu, que, dans la fausse persuasion que je suis irrévocablement payé, je consente à la radiation de mes inscriptions. C'est ici que Grenier s'écrie: "Si l'inscription était *une fois radiée*, *l'hypothèque disparaî-*" *trait.*" Mais pas du tout, en vérité; la radiation fait disparaître l'inscription; elle fait perdre le rang; mais le droit hypothécaire reste intact, tant qu'il n'est pas survenu une cause d'extinction qui l'affecte (1) Etant donc évincé, je pourrai prendre une nouvelle inscription, qui, à la vérité, ne me donnera rang que du jour où je l'aurai prise, mais qui, du moins, fera revivre mon droit de suite contre les tiers acquéreurs qui n'auront pas purgé.

Vainement dirait-on que Secundus et Tertius, ayant trouvé mon inscription radiée, ont pu penser que je n'avais pas de droit, et que ce serait pour eux une surprise s'ils me voyaient revenir pour faire revivre un droit que j'avais cru moi-même anéanti.

Cette raison serait bonne, en effet, si le système du code civil n'eût pas été changé par les articles 834 et 835 du code de procédure civile. Sous le code civil, la vente purgeait toutes les hypothèques non inscrites au moment de l'aliénation. On ne pouvait pas prendre inscription après. Ainsi mon inscription étant radiée lors de l'acquisition faite par Secundus et Tertius, ils auraient reçu les fonds *A*, *B*, *C*, francs et quittes de mon hypothèque.

Mais il n'en est plus de même par les articles 834 et 835 du code civil. L'acquéreur ne doit plus se fier à l'absence des inscriptions au moment ou il achète. Il est possible que le

(1) *Suprà*, n. 737.

débiteur ait consenti beaucoup d'hypothèques sur les immeubles vendus, et que ces hypothèques ne soient pas inscrites. Elles ont la faculté de se montrer avec avantage pendant la quinzaine de la transcription. Il faut donc que l'acquéreur fasse transcrire pour savoir à quoi s'en tenir sur les hypothèques qui grèvent le fonds acheté. Tant qu'il n'a pas rempli cette formalité, il ne peut que porter des jugements téméraires et faciles à démentir. Peu importe donc que Secundus et Primus aient trouvé que mon inscription était radiée lors de leur acquisition. Elle peut avoir été radiée pour des causes qui ne l'empêchaient pas de se reproduire. Primus et Secundus n'ont pu se rendre juges de mon droit. S'ils l'ont fait, ils ont agi avec une précipitation dont je ne dois pas supporter la peine. Ils devaient me mettre en demeure d'inscrire par la transcription. Ce n'est qu'autant que mon inscription n'aurait pas été réitérée dans la quinzaine, qu'ils pouvaient me considérer comme déchu. Ne l'ayant pas fait, je suis encore maître de m'inscrire, de même que je le serais si, ayant une hypothèque, je ne l'eusse pas fait inscrire du tout.

865. Il est possible, en troisième lieu, que j'aie laissé périmer mon inscription. Si elle est périmée avant l'acquisition de Secundus et de Tertius qui n'ont ni transcrit ni purgé, je pourrai la renouveler, sauf à ne prendre rang que du jour de ma nouvelle inscription. Je viens d'en dire la raison. Il y a même motif de décider pour le cas de péremption de l'inscription que pour le cas de radiation.

C'est ce que le sieur Garnier avait fait dans l'espèce jugée par l'arrêt de la cour de Nancy. Son inscription du 20 thermidor an XII était périmée lors de l'acquisition faite par Godefrin. Mais je crois que, l'éviction de la chose donnée en payement ayant résolu l'acte de dation, il avait été fondé à prendre une seconde inscription en janvier 1823, sur Godefrin, qui n'avait pas transcrit, et à diriger contre lui des poursuites hypothécaires.

Que si la péremption de l'inscription était postérieure à

l'acquisition, on devrait à plus forte raison permettre de la renouveler. Je pense donc que la cour de Nancy s'est encore placée hors des principes sur ce second point, en ne permettant pas à Garnier de renouveler l'inscription du 7 août 1806, qui n'était périmée que postérieurement à l'acquisition faite par Godefrin. Toutes les raisons que donne la cour pour établir que Garnier lui-même avait considéré son droit comme éteint, sont insignifiantes, lorsqu'il est facile de voir que Garnier n'avait négligé le renouvellement de ses inscriptions que parce qu'il se croyait irrévocablement payé, et que d'ailleurs, n'ayant pas été mis en demeure d'inscrire par la transcription, il était toujours à temps de le faire.

866. Maintenant examinons le cas où le débiteur a consenti hypothèque sur les biens qu'on pouvait croire libres par la dation en payement.

La question se résout par les mêmes distinctions et les mêmes principes.

Par exemple, j'ai hypothèque inscrite le 20 janvier 1824 sur les fonds *A*, *B*, *C*; le 30 avril, Titius mon débiteur me donne en payement le fonds *B*. En 1825 Titius accorde hypothèque à Secundus et Tertius sur les biens *A*, *B*, *C*; mais je suis évincé, et je veux faire valoir mes droits originaires.

Si mon inscription du 20 janvier 1824 n'était pas radiée en 1825, quand Secundus et Tertius ont contracté avec mon débiteur, je les primerai en vertu de cette même inscription, dont ils auront eu connaissance lorsqu'ils ont eux-mêmes pris inscription.

Si mon inscription était radiée lorsqu'ils se sont fait inscrire, ils me primeront : je ne pourrai prendre rang qu'après eux ; il en est de même si elle était périmée, ou si je la laisse périmer postérieurement à leur inscription sans la renouveler au bout de dix ans. Je n'aurai rang que depuis ma nouvelle inscription.

Mais si Secundus et Tertius n'avaient pas pris d'inscription lors de l'éviction dont je suis victime, et que j'eusse forma-

lisé avant eux une nouvelle inscription pour remplacer l'ancienne qui était radiée ou périmée, je les primerai, et ils ne pourront pas m'appliquer la maxime : *Obligatio semel extincta non reviviscit.*

867. Lorsque l'immeuble donné en payement est précisément celui sur lequel on prétend faire revivre l'hypothèque, la difficulté est résolue par l'article 2177 du code civil, et c'est encore une nuance à laquelle n'ont pas fait attention Grenier et Toullier. Cet article décide formellement, comme on l'a vu *suprà* (1), que l'hypothèque renaît.

C'est dans ce cas que s'est particulièrement expliqué Dumoulin (2). Et lorsque Grenier dit que l'opinion de ce jurisconsulte est incompatible avec le nouveau système hypothécaire, il ne fait pas attention que l'article 2177 l'adopte au contraire dans sa plénitude.

Telle était aussi la doctrine de Tiraqueau (3), de Loyseau (4), de Favre (5), etc. (6).

Mais on sent qu'ici la lutte ne peut s'engager qu'avec des créanciers ayant hypothèque du chef du débiteur avant la dation en payement. Car après la dation en payement, l'immeuble est devenu la chose propre du créancier. Lui seul a pu y constituer des hypothèques ; et il doit garantie à ses créanciers personnels de celles qu'il leur a accordées (7).

(1) N. 841. Voy. une analogie dans mon *Commentaire de la Vente*, t. II, n. 737.

(2) Sur Paris, t. I, § 13, glose 5, n. 41 et suiv.

(3) *De retract. gentil.*, § 1, glose 7, n. 70.

(4) Liv. VI, ch. IV et VII.

(5) *Code*, liv. VIII, t. XV, déf. 8.

(6) *Suprà*, n. 841.

(7) Add. Op. conf. par Carrier, n. 303 : " Les hypothèques, dit-il, s'éteignent... ; 2° par la confusion qui s'opère dans la personne du créancier, de cette qualité et de celle de propriétaire du fonds grevé dont il a fait l'acquisition, parce qu'on ne peut avoir hypothèque sur son propre fonds, l'hypothèque ne pouvant être une sûreté et un moyen de recou-

[ARTICLE 2081 § 5.]

Quid si mon inscription était tombée en péremption pendant ma détention ?

ARTICLE 2081 § 6.

* *Cod. Si antiquior creditor, Liv.* 8, *Tit.* 20, *L.* 1. } Si vendidisset, qui antè pignus accepit : persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cùm autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, vel vendiderit: non magis tibi persecutio adempta est, quàm si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter præcedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

Proposit. id. maii, Agricola et Clementino Coss. 231. (Imp. Alexander).

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } Si le créancier qui avait reçu les gages avant vous, les a vendus, vous ne pouvez faire aucune poursuite hypothécaire contre ces mêmes gages. Mais si le débiteur lui-même a vendu à ce créancier ces mêmes gages, on les lui a donnés en paiement, vous n'avez pas plus perdu vos droits sur ces gages que dans le cas où il les eût vendus à un autre. Dans ce dernier cas vous ne serez admis à poursuivre vos droits sur les gages, qu'en tant que vous paierez au premier créancier qui les

vrer sa créance qu'autant qu'elle est sur le fonds d'autrui. En effet, si je faisais vendre mon propre fonds pour parvenir à mon payement, loin d'améliorer ma condition je la rendrais pire. *Neque pignus, neque emptio... rei suæ consistere potest* (l. 45, ff., *de reg. jur.* ; l. 29, ff., *de pign. et hyp.*) ; si l'acquisition du créancier est résolue, on a déjà vu que son hypothèque renaît, lorsque la résolution provient d'une cause ancienne et nécessaire ; l. 30, § 1, ff., *de except. rei judicatæ.*"

Rolland de Villargues, dit, *Hyp.*, n. 656 : " Remarquez au reste, que l'hypothèque n'est pas éteinte par l'acquisition que fait le créancier de l'immeuble hypothéqué, lors même que ce créancier serait le premier en date, et que, par conséquent, sa créance absorberait évidemment le prix de l'immeuble."

possède, ce qui lui est dû en vertu d'un contrat antérieur au vôtre.

Fait pendant les ides de mai, sous le consul. d'Agricola et de Clémentin. 231. (EMP. ALEXANDRE).

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1590 et autorités sur art. 2084.

---

* *S. R. B. C., ch.* 85, *s.* 4, § 3. } Le shérif donnera de plus, dans l'annonce susdite, avis que toutes personnes qui ont quelques prétentions sur les immeubles ainsi saisis, par hypothèques, et autres droits ou servitudes, en donnent connaissance à son bureau, soit avant ou après la vente, suivant la distinction qu'en fait la loi ;—et les ventes faites par le shérif, sans aucune autre formalité, auront la même force et le même effet que le décret avait ci-devant, sauf en autant qu'il est autrement prescrit par ces statuts refondus, ou dans tout statut alors en vigueur. 25 G. 3, c. 2, s. 33,—12 V. c. 26, s. 1,—6 Guil. 4, c. 15, s. 24. *Et voir* s. 28, *quant à Gaspé.*

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, *n*° 513. } Lorsqu'une chose vendue pour cause d'utilité publique a été faite *divini aut publici juris ;* comme si on en a fait un cimetière, une rue ou place publique, il est évident que toutes les hypothèques ou autres charges dont cette chose était tenue, s'éteignent ; sauf aux créanciers et autres qui avaient quelque droit sur cette chose, à se venger sur le prix, suivant l'ordre de leurs hypothèques et de leurs priviléges ; d'où il suit qu'une telle vente ne peut donner lieu à aucune obligation de garantie.

---

* *Héricourt*, *Vente d'imm.*, *p.* 148-150 *et* 265. } IX. Il faut cependant remarquer que, suivant notre usage, le decret ne purge point les droits sur les fonds décretés, qui

dans le tems de l'adjudication n'étoient point encore acquis à la Partie, à laquelle on voudroit opposer le défaut d'opposition. La raison qu'en rendent nos Jurisconsultes François, est que la perte d'un droit réel sur un fond vendu par decret, est une espece de prescription, une punition de la Partie qui a négligé de veiller, comme elle le devoit, à la conservation de son bien, que la prescription ne court point contre celui qui n'est point en état d'agir, parce que son droit n'est point encore ouvert, et que l'on ne peut être censé avoir négligé un droit qui n'est point acquis, et que celui qui n'a qu'une simple espérance n'acquerera peut-être jamais.

C'est sur ce principe qu'on a jugé le 23 Décembre 1586, que le decret ne purge point la substitution qui ne s'est point encore trouvée ouverte au tems de l'adjudication. Ce qui doit avoir d'autant plus de lieu par rapport aux substitutions, que la publication qui en doit être faite les rend publiques, de maniere que chacun en a, ou est censé en pouvoir avoir connoissance.

L'Arrêt du mois de Mars 1644, par lequel le Grand prétend prouver que la substitution est purgée par le decret, même quand celui qui y étoit appellé étoit mineur dans le tems de l'adjudication ; cet Arrêt, dis-je, est fondé sur la circonstance particuliere que la substitution dont il s'agissoit n'avoit point été publiée, et par conséquent qu'elle était absolument nulle. Ce qui a trompé le Grand, c'est qu'il a cru, contre les principes, que le mineur pouvoit être relevé du défaut de publication d'une substitution.

X. Il faut raisonner sur le doüaire, de la même maniere que sur la substitution, lorsqu'il n'est point ouvert dans le tems du decret. Car si le bien est vendu sur le mari, la femme qui ne sçait, et qui ne peut sçavoir si elle survivra son mari, ni par conséquent si elle jouira du doüaire, n'est point obligée de former d'opposition à fin de distraire, si le doüaire est coutumier, ni à fin de charge, si le doüaire est préfix et conventionnel. Il en est de même par rapport aux enfans si le doüaire leur est propre, soit en vertu de la Cou-

tume, soit en vertu d'une stipulation particuliere dans le contrat de mariage; car, quoique la propriété du doüaire soit assurée aux enfans du jour du contrat de mariage, ou du jour de la célébration, s'il n'y a point de contrat précédent, ils n'ont cette propriété qu'en espérance, et seulement en cas qu'ils survivent leur pere, et qu'ils renoncent à la succession. Ainsi ils n'ont proprement de droit acquis pour le doüaire que du jour que ces conditions se trouvent accomplies.

Mais si le bien est décreté sur la succession du pere, avant la mort de la mere, le decret purge-t-il le doüaire propre aux enfans, qui ne peuvent joüir de ce doüaire pendant la vie de leur mere ? Nos Jurisconsultes pour résoudre cette question, distinguent deux cas. Le premier où la mere étoit obligée conjointement avec son mari, aux dettes pour lesquelles le bien a été décreté ; le second où la mere n'étoit point engagée pour son mari. Dans le premier cas le droit n'est point proprement acquis aux enfans sur le doüaire, quoiqu'ils ayent renoncé à la succession de leur pere, parce que le bien ayant servi à payer une dette commune de leur pere et de leur mere, il faut qu'ils ayent renoncé à la succession de leur mere pour pouvoir demander leur doüaire sur le bien décreté, et qu'on ne peut les obliger à faire un acte, par lequel ils déclarent d'une maniere authentique, qu'ils renoncent à la succession d'une personne vivante. C'est sur ce principe qu'est rendu un Arrêt du 16 Avril 1629, par lequel on a jugé que le doüaire coutumier des enfans qui n'étoient héritiers de leur pere, ni de leur mere, n'est point purgé par un decret fait après le décès du pere ; mais avant le décès de la mere.

Dans le second cas, comme le droit est acquis entierement aux enfans, qui peuvent prendre la qualité de doüairiers sans aucun obstacle, le doüaire est purgé par défaut d'opposition de leur part. Ils objecteroïent mal-à-propos que pendant la vie de leur mere ils ne peuvent se mettre en possession du bien, et jouir du doüaire ; car l'usufruit de leur mere n'em-

pêche point que la propriété ne leur soit acquise du jour du décès de leur pere, et quand on a un droit réel sur un fond on doit former opposition au decret, quoiqu'un tiers en ait l'usufruit. Il y a beaucoup d'apparence que c'est dans ces circonstances qu'a été rendu l'Arrêt du 22 Février 1605, par lequel on a décidé que le décret avoit purgé le doüaire, quoique la mere des enfans qui avoient pris la qualité de doüairiers, fût encore vivante dans le tems des criées.

Ce qu'on doit observer sur ce qui vient d'être dit par rapport aux substitutions et au doüaire, ne doit s'entendre que du cas où les dettes pour lesquelles le bien a été décreté sont postérieures à la substitution, ou à l'hipoteque du doüaire; car si les dettes étoient antérieures à l'un et à l'autre, comme l'opposition pour la substitution et pour le doüaire auroit été inutile, on ne peut, sous ce prétexte, attaquer une adjudication en bonne forme. Mais si les dettes antérieures à la substitution ou au doüaire, n'absorboient point tout le bien sujet à la substitution ou au doüaire, qui ne sont point encore ouverts, ceux qui sont appellés à la substitution, ou les enfans doüairiers pourroient par la suite obliger les créanciers postérieurs à leur hipoteque à rapporter ce qu'ils auroient touché au préjudice de la substitution et du doüaire.

XI. Il y a même des droits réels sur les fonds pour lesquels on n'est point obligé de s'opposer aux decrets, quoiqu'ils soient acquis, parce que ce sont des charges ordinaires des fonds, dont l'adjudicataire a dû prévoir qu'il seroit chargé. D'où vient que la coutume de Paris dit que le Seigneur féodal ou censier n'est point tenu de s'opposer aux criées pour son droit de Fiefs ou de censive. La plupart des autres Coutumes du Royaume contiennent une pareille disposition, et dans celles qui gardent le silence là-dessus, on suit la Coutume de Paris, avec d'autant plus de raison que l'article 13 de l'Edit de 1551 décidant que tous prétendans droits non Seigneuriaux ou censuels sur les choses criées, sont tenus de s'opposer pour la conservation de ces droits, dispense de

s'opposer pour la conservation des droits féodaux ou censiers, et veut même à l'article 12 que tous héritages criés soient adjugés à la charge des droits et devoirs Seigneuriaux.

Le decret forcé ou volontaire purge aussi les hipoteques, de même que les publications que le Roi fait faire, quand il a acquis quelque bien, conformément à l'Edit de 1693.

---

* 10 *Pothier* (*Bugnet*), *Proc. civile*, *n*° 638-640. } 638. L'héritage, adjugé par décret est transféré à l'adjudicataire avec les seules charges exprimées par l'affiche; le décret purge toutes les autres et éteint tous les droits de propriété, et autres droits réels que des tiers auraient pu avoir dans cet héritage (1).

Cela est fondé sur l'édit de 1551, art. 13, qui veut que tous prétendants droits non seigneuriaux sur les choses criées, soit foncières ou autres, soient tenus de s'opposer pour les dits droits.

640. Il y a néanmoins quelques droits que le décret ne purge pas.

Ce sont, 1° les droits seigneuriaux (2), c'est-à-dire les droits de directe féodale et censuelle sur l'héritage adjugé par décret, et tous les droits attachés par les coutumes des lieux à ces droits de directe.

C'est ce qui résulte de l'édit de 1551, art. 13; cet édit obligeant tous ceux qui prétendent des droits non seigneuriaux, dans l'héritage mis en criées, à s'opposer, il s'ensuit, suivant

(1) Cette décision doit être aujourd'hui rejetée. L'art. 717, C. proc., se borne à déclarer que: " l'adjudication ne transmet à l'adjudicataire " d'autres droits à la propriété, que ceux appartenant au saisi "; d'où l'on est en droit de conclure que l'adjudicataire reste soumis à toutes les charges réelles qui pèsent sur l'immeuble, comme le saisi l'était lui-même, et, qu'ainsi, il importe peu que ces charges aient été énoncées dans le jugement d'adjudication qui ne peut être opposé aux tiers. (Bugnet).

(2) Les droits seigneuriaux sont abolis. (Bugnet).

la règle, *Inclusio unius est exclusio alterius*, qu'il n'oblige pas les seigneurs à s'opposer pour leurs droits de directe seigneuriale, et conséquemment que le décret ne peut purger ces droits faute d'opposition.

Cela doit surtout avoir lieu dans les provinces où la maxime : *nulle terre sans seigneur*, est reçue ; car l'adjudicataire a dû s'attendre que l'héritage qui lui était adjugé relevait en fief, ou à cens, de quelque seigneur ; c'est pourquoi, quoique cette charge de tenure féodale, ou censuelle, n'ait pas été exprimée par l'affiche, elle y est suffisamment sous-entendue, et l'adjudicataire est censé acquérir à cette charge, sans qu'il soit nécessaire que le seigneur s'oppose au décret pour conserver son droit.

On doit décider la même chose dans les provinces de *franc-alleu*, où les héritages sont présumés *francs*, si un seigneur ne justifie par titres les droits de seigneurie qu'il prétend sur ces héritages ; car, quoique la raison ci-dessus alléguée ne milite pas dans ces provinces, et qu'on ne puisse pas dire que l'adjudicataire a dû s'attendre que l'héritage relevait de quelque seigneur, et était sujet à des droits seigneuriaux, il y a une raison générale qui doit faire décider que le décret n'a pas purgé les droits du seigneur.

Cette raison est que personne ne peut être dépouillé malgré lui de quelque droit qui lui appartient qu'en vertu d'une loi précise ; or, il n'y a aucune loi qui dépouille un seigneur de son droit de seigneurie directe,, sur l'héritage adjugé par décret, faute d'avoir formé opposition, puisque l'édit de 1551 n'oblige à cette opposition que ceux qui ont des droits *non seigneuriaux*.

3° Par la même raison, les droits de servitude (1) que les maisons voisines ont sur la maison adjugée par décret, ne se

(1) L'adjudication ne purge aucun droit de servitude ; on a d'ailleurs soin pour éviter toute discussion à ce sujet, de déclarer dans le cahier des charges, que l'immeuble est vendu avec les servitudes actives et passives. (Bugnet).

purgent pas par le décret, lorsqu'elles sont visibles, tels que sont les droits de vues, ou d'égoûts.

Il en est autrement de celles qui ne se voient pas ; tels, par exemple, que sont le droit de passage, le droit de servitude, *altius non tollendi*, *etc.*, le décret les purge, lorsque le propriétaire de l'héritage, à qui ces servitudes sont dues, a manqué de s'opposer. *Voy.* Louet, lettre S, n° 1 ; Chenu, Le Prêtre et autres.

4° Le douaire que la femme (1), ou les enfants du saisi, ont sur l'héritage adjugé par décret, ne se purge point par le décret, tant qu'il n'est point encore ouvert par la mort du saisi, car le décret ne peut pas éteindre un droit qui n'est pas encore ouvert ; il faut être né avant de pouvoir mourir.

Cette décision a lieu, non-seulement à l'égard du douaire coutumier, mais aussi à l'égard du conventionnel d'une certaine somme, ou d'une certaine rente à prendre sur les biens du mari.

Le douaire des enfants se purge-t-il par le décret après la mort du père, du vivant de la mère ?

Il y a un arrêt du 13 décembre 1758, rapporté par Denizart, v° *Douaire*, n° 63, qui a jugé l'affirmative.

D'Héricourt, chap. 9, somm. 10, rapporte deux arrêts contraires, et il fait une distinction qui ne paraît pas fondée : il faut s'en tenir à celui qui a jugé que le douaire des enfants est purgé dans ce cas, car il est ouvert ; quoique les enfants n'en aient pas encore la jouissance qui appartient à leur mère, ils en ont la propriété certaine.

5° Par la même raison le décret ne purge pas les droits de substitution (2) lorsque la substitution n'est pas encore

(1) Le *douaire* de la femme, c'est-à-dire, les *gains nuptiaux*, tels qu'ils résultent du contrat de mariage, sont garantis par l'hypothèque légale de la femme, qui n'est certainement pas purgé par l'adjudication. (BUGNET).

(2) Si l'adjudication porte sur un bien grevé de substitution, elle ne peut être faite qu'à la charge de cette substitution, dans le cas où elle viendrait à s'ouvrir ; le saisi n'est alors propriétaire que sous condition, et l'adjudication n'ayant transmis à l'adjudicataire d'autres droits à la

ouverte. La nouvelle ordonnance des substitutions, du mois d'août 1747 (tit. 1, art. 55), veut même que le décret ne puisse purger les substitutions, quoiqu'elles soient ouvertes, quand elles sont insinuées; la raison de cette disposition est que les substitutions étant régistrées dans un registre public, l'adjudicataire a pu les connaître.

---

* 1 *Pigeau*, *Proc. civ.*, *p.* 779. } La seconde espece d'effets du décret, est de ceux qui lui sont particuliers : le principal est qu'il purge tous les droits ouverts d'hypotheques, charges et propriétés que l'on avoit sur le bien saisi; de maniere que ceux à qui ils appartenoient, ne peuvent, pour raison de ces droits, troubler l'adjudicataire : cela peut paroître dur d'abord à ceux qui ne sont pas encore pénétrés des principes qui doivent guider la législation; mais s'ils font attention que sans cette sûreté, les Parties saisies ne verroient jamais leur libération, parce que personne ne voudroit acquérir des risques; s'ils considerent encore que ceux qui avoient ces droits, ayant été avertis par les formalités, de se pourvoir pour leur conservation, ils doivent en imputer la perte à eux seuls, ils verront que cet effet du décret, loin d'être dur, est, au contraire, très-favorable.

On ne considere nullement quels étoient ceux qui avoient ces droits; les mineurs, pourvus ou non de tuteurs, les femmes mariées, l'Eglise, les absens, en un mot, les établissemens et les personnes qui méritent le plus l'appui de la Justice, les perdent faute de s'être opposés, sauf leur recours contre les tuteurs, maris et administrateurs qui ont négligé de le faire; tels favorables qu'ils soient, l'intérêt public l'est davantage.

Ce n'est pas cependant que la loi qui prive ces personnes de leurs droits; ne soit sujette à inconvéniens; il peut se

propriété que ceux appartenant au saisi (art. 717, C. proc.), il doit restituer à l'appelé l'immeuble, lorsque la condition s'est accomplie, comme le saisi y aurait été lui-même obligé. (Bugnet).

faire, et il y en a des exemples assez communs, qu'une personne qui a des droits à exercer sur un bien saisi, soit incapable de le faire, et que celui qui est chargé d'y veiller pour elle, le néglige; il peut encore arriver que cette personne soit absente ou éloignée du lieu où s'est poursuivi le décret, pendant un temps suffisant pour terminer la procédure de saisie-réelle; mais, comme on l'a déjà dit tant de fois, quelle est la loi, ou, pour parler plus généralement, quel est l'ouvrage de l'homme qui soit exempt d'inconvéniens? Le Législateur est homme, on n'a droit d'exiger de lui, que des loix mésurées le plus juste qu'il se peut sur les regles de la sagesse humaine, c'est-à-dire, des loix les moins imparfaites qu'il lui est possible.

Quand on dit que le décret purge la propriété non réclamée, cela ne s'entend que du cas où celui à qui elle appartenoit, a été constitué en demeure de le faire connoître, et il ne l'est pas, tant qu'on le laisse en possession de son bien, quand même ce bien auroit été compris dans la saisie-réelle, les affiches, l'enchere et toutes les poursuites. Bardet, tit. 1, liv. 1, chap. 7, et après lui, d'Héricourt, page 49, rapportent un arrêt du 14 février 1627, qui l'a ainsi jugé; c'est l'avis de Gouget, en son *Traité des Criées*, et cela paroît conforme à la raison; ce propriétaire ne se voyant pas dépossédé, a dû croire naturellement qu'on ne pouvoit le dépouiller sans l'actionner, et il a pu ignorer que son bien fût saisi, n'ayant pas été averti d'une maniere sensible et non équivoque.

Ceux qui voudront entrer dans quelque détail sur l'effet qu'a le décret de purger, peuvent voir d'Héricourt, pag. 159 et suivantes.

ARTICLE 2081 § 7.

Voy. *C. N.* 2180, cité sur art. 2081; *C. de Proc. civile*, art. 949 et suiv., et consultez *Sts. Ref. B. C.*, ch. 36.

---

3 *Baudry-Lacantinerie, Dr. Civil, p.* 855-861. } 1502. Cette quatrième cause d'extinction est celle qui donne lieu au plus grand nombre de difficultés.

La loi distingue, et nous distinguerons avec elle, si l'immeuble, grevé de l'hypothèque ou du privilége, est entre les mains du débiteur ou entre celles d'un tiers détenteur.

1503. Première hypothèse. *L'immeuble grevé de l'hypothèque est entre les mains du débiteur.* La loi dit à ce sujet : " *La prescription est acquise au débiteur, quant aux biens qui* " *sont dans ses mains, par le temps fixé pour la prescription* " *des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilége* " (art. 2180-4°, al. 2).

Ainsi la prescription de l'hypothèque est ici liée à la prescription de la créance : tant que la créance échappera à la prescription, l'hypothèque y échappera également ; lorsque la prescription éteindra la créance, elle éteindra du même coup l'hypothèque.

Est-ce bien utile à dire, et cette proposition ne résultait-elle pas suffisamment de l'art. 2180-1°, qui déclare l'hypothèque éteinte par suite de l'extinction de l'obligation principale ?

Deux motifs ont pu porter le législateur à s'expliquer.

D'une part, il a voulu ne laisser subsister aucun doute sur son intention de rompre ici avec les traditions du droit romain, suivies dans notre ancien droit. D'après la loi *Quum notissimi l.* 7, C., *De præscr. XXX vel XL annorum*), l'action personnelle contre le débiteur se prescrivait par trente ans, et l'action hypothécaire par quarante ans seulement ; l'hypothèque pouvait donc survivre de dix ans à l'action personnelle. Notre législateur a répudié cette singularité juridique. Pothier l'explique en disant qu'après trente ans d'inaction de la part du créancier, le débiteur, qui n'a pas payé sa dette, est bien libéré *jure civili*, mais non *jure naturali, æquitatis ratione* ; une obligation naturelle survit donc à la prescription, et c'est à cette obligation naturelle que l'hypothèque se rattache pendant les dix années qui suivent la prescription de la créance.

Notre disposition précise en outre la pensée du legislateur sur un autre point : La prescription ne pourra pas atteindre l'hypothèque avant la créance. Ce résultat est possible, quand l'immeuble est entre les mains d'un tiers détenteur, comme nous le dirons bientôt, mais non

lorsqu'il se trouve entre les mains du débiteur ainsi qu'on le voit manifestement par l'opposition que le législateur établit entre cette dernière hypothèse et la précédente. L'art. 2180-1° aurait pu laisser subsister quelque doute sur ce point; car il en résulte bien que l'hypothèque ne peut pas survivre à la créance éteinte par la prescription, mais non qu'en sens inverse l'hypothèque ne puisse pas s'éteindre par la prescription avant la créance.

En résumé, la disposition que nous commentons, écrite en vue du cas où l'immeuble grevé de l'hypothèque est *apud debitorem*, a cette double utilité de marquer que la prescription de l'hypothèque ne peut pas s'accomplir *après* celle de la créance ni *auparavant*. L'autorité de notre ancien droit aurait pu faire concevoir quelque doute sur le premier point, et l'art. 2180-1° sur le second.

1504. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *L'immeuble grevé du privilége ou de l'hypothèque est entre les mains d'un tiers détenteur.* Rationnellement il eût peut-être été logique d'appliquer à cette hypothèse la même règle qu'à la précédente, comme on l'a proposé dans la discussion des projets de réforme hypothécaire élaborés en 1841 : de cette façon la prescription de l'hypothèque aurait été liée dans tous les cas à la prescription de la créance, et se serait nécessairement accomplie à la même époque. Le législateur de 1804 a préféré établir ici une règle différente, qui est loin d'être aussi simple qu'elle le paraît. Elle est contenue dans l'art. 2180-4°, al. 3, ainsi conçu : " *Quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers* " *détenteur, elle* [la prescription de l'hypothèque] *lui est ac-* " *quise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à* " *son profit : dans le cas où la prescription suppose un titre,* " *elle ne commence à courir que du jour où il a été transcrit* " *sur les registres du conservateur.*"

Avant d'étudier dans ses détails cette disposition difficile, notons tout d'abord que la prescription de l'hypothèque devient ici complètement indépendante de la prescription de la créance. Il y a donc deux prescriptions distinctes à considérer, dont chacune est régie par des règles qui lui sont propres : la prescription de la créance et celle de l'hypothèque. Sans doute, si la créance se trouve éteinte par la

prescription, l'hypothèque sera nécessairement éteinte aussi par voie de conséquence, et le tiers détenteur comme tout autre intéressé pourra se prévaloir de cette extinction. Mais la réciproque n'est pas vraie : il pourra fort bien arriver que l'hypothèque soit éteinte par la prescription, la créance subsistant encore.

Et, si la prescription de l'hypothèque s'isole ici de la prescription de la créance, elle s'isole également de la prescription de la propriété de l'immeuble sur lequel porte l'hypothèque : il peut très bien arriver que la propriété de cet immeuble soit prescrite au profit du tiers détenteur avant l'hypothèque, ou en sens inverse que l'hypothèque soit prescrit avant la propriété.

Pour comprendre ce que nous venons de dire, il faut savoir que le tiers détenteur peut avoir à prescrire à la fois la propriété de l'immeuble qu'il possède et l'hypothèque dont cet immeuble est grevé. Telle est la situation d'un usurpateur. Telle aussi la situation de celui qui a acheté *a non domino* un immeuble grevé d'hypothèque. La vente n'a pas pu le rendre propriétaire, puisque le vendeur ne l'était pas : par conséquent il a besoin de prescrire la propriété; et il a besoin de prescrire aussi l'hypothèque pour posséder le fonds libre de toute charge. Eh bien ! les deux prescriptions seront complètement indépendantes, et il pourra arriver ainsi, soit que le tiers détenteur ait prescrit la propriété avant l'hypothèque, soit qu'il ait prescrit l'hypothèque avant la propriété.

Le plus souvent, le tiers détenteur aura acquis l'immeuble du débiteur, qui en était le véritable propriétaire et qui à ce titre l'a grevé d'hypothèque. Dans ce cas le tiers détenteur n'aura besoin de prescrire que l'hypothèque, puisque la vente lui a transféré la propriété de l'immeuble.

La loi ne s'occupe ici que de la prescription de l'hypothèque. Les règles à suivre en ce qui concerne la prescription soit de la propriété de l'immeuble hypothéqué, soit de

la créance hypothécaire sont établies au titre *de la prescription*.

1505. Demandons-nous d'abord quelle est la nature de la prescription de l'hypothèque ; est-elle *acquisitive* ou *extinctive ?* Au premier abord, il semble bien que ce soit une prescription *extinctive* ; car elle a pour but de produire l'affranchissement de l'immeuble hypothéqué. Si la prescription qui libère un débiteur de sa dette est une prescription libératoire ou extinctive, comment celle qui tend à libérer un immeuble de l'hypothèque dont il est grevé pourrait-elle ne pas avoir le même caractère ? C'est bien une prescription acquisitive cependant. On n'en saurait douter ; car elle est subordonnée à la condition que le tiers détenteur possède l'immeuble, ainsi que nous le dirons bientôt ; or c'est là le trait caractéristique de la prescription acquisitive. Le législateur a probablement considéré que l'aliénation d'un immeuble hypothéqué ne confère à l'acquéreur qu'une propriété démembrée ; la prescription lui fait acquérir le démembrement de la propriété qui lui manque. C'est une nouvelle preuve à l'appui de la proposition formulée plus haut, savoir que l'hypothèque est un démembrement de la propriété.

1506. Il reste à déterminer la durée du délai par lequel s'accomplira la prescription de l'hypothèque dans le cas qui nous occupe, c'est-à-dire lorsque l'immeuble hypothéqué est entre les mains d'un tiers détenteur. C'est l'objet du texte que nous avons transcrit plus haut (art. 2180-4°, al. 3). Nous reproduisons de nouveau sa première partie : " *Quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur*, *elle* [la prescription de l'hypothèque] *lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit...*". Cette formule, nécessairement un peu obscure dans son laconisme, ne lie pas, comme on pourrait le croire au premier abord, la prescription de l'hypothèque à celle de la propriété ; elle ne signifie pas que la prescription de l'hypothèque sera acquise au tiers détenteur en même temps que celle de la pro-

priété. Nous l'avons dit, les deux prescriptions sont indépendantes l'une de l'autre. La loi veut dire seulement que la prescription de l'hypothèque est régie théoriquement quant au délai par les mêmes règles que la prescription de la propriété. Mais comme les deux prescriptions courent contre des personnes différentes, la prescription de l'hypothèque courant contre le créancier hypothécaire et la prescription de la propriété contre le véritable propriétaire, et comme d'autre part elles peuvent ne pas avoir le même point de départ, la prescription de l'hypothèque quand elle suppose un titre ne commençant à courir que du jour où il a été transcrit, tandis que cette condition, au moins d'après l'opinion générale, n'est pas requise pour que la prescription de la propriété commence à courir, il pourra fort bien arriver que les deux prescriptions ne s'accomplissent pas à la même époque.

En d'autres termes, nous paraphrasons l'art. 2180-4°, al. 3, de la manière suivante. Pour savoir par quel délai s'accomplit la prescription de l'hypothèque, mettez le tiers détenteur, qui prescrit, en regard du créancier hypothécaire, contre lequel court la prescription ; puis supposez un instant qu'il s'agisse pour le tiers détenteur de prescrire contre cet adversaire, non l'hypothèque, mais la propriété de l'immeuble. Le délai, qui dans cette supposition serait nécessaire pour la prescription de la propriété, sera également requis pour la prescription de l'hypothèque.

1507. Faisons quelques applications de cette règle.

Première application. Au moment de son acquisition, le tiers détenteur avait connaissance de la charge hypothécaire dont l'immeuble était grevé ; il était donc de mauvaise foi quant à l'hypothèque, en ce sens que, n'ignorant pas les droits du créancier hypothécaire, il n'a pas pu penser acquérir un immeuble libre de toutes charges. Il ne prescrira l'hypothèque que par trente ans. En effet, en supposant que le créancier hypothécaire soit le véritable propriétaire de l'immeuble, et qu'il s'agisse pour le tiers détenteur de prescrire par rapport à lui la propriété de l'immeuble, la prescription ne s'accomplirait que par trente ans (arg. art. 2262). En d'autres termes, de même que celui qui acquiert

la possession d'un fonds appartenant à autrui, connaissant les droits du véritable propriétaire, n'en peut prescrire la propriété que par trente ans, de même celui qui entre en possession d'un fonds grevé d'hypothèque, connaissant les droits du créancier hypothécaire, ne prescrira l'hypothèque que par trente ans.

Deuxième application. Le tiers détenteur, on le suppose, a un juste titre : il a acquis l'immeuble par vente, échange, donation ou tout autre titre translatif de propriété par sa nature ; de plus, au moment de son acquisition (car c'est toujours à cette époque qu'il faut se placer pour apprécier la bonne ou la mauvaise foi, *initium spectandum* [arg. art. 2269]), il ignorait l'existence de l'hypothèque. Dans ces conditions il prescrira l'hypothèque par dix ans, si le créancier hypothécaire habite dans le ressort de la cour d'appel où l'immeuble est situé, et par vingt ans s'il habite en dehors dudit ressort (arg. art. 2265). En d'autres termes, de même que le possesseur, qui a un juste titre, et qui est de bonne foi quant à la propriété, ayant cru acquérir *a vero domino* et par suite devenir propriétaire, prescrit la propriété par dix à vingt ans (art. 2265), de même le tiers détenteur, qui a un juste titre et qui en outre est de bonne foi quant à l'hypothèque dont il a ignoré l'existence, prescrira l'hypothèque par dix à vingt ans.

Mais comment le tiers détenteur peut-il être de bonne foi quant à l'hypothèque ? De deux choses l'une, peut-on dire : ou l'hypothèque n'était pas inscrite avant la transcription de l'acte d'acquisition du tiers détenteur, et alors elle ne lui est pas opposable, il n'a donc pas à s'en préoccuper ; ou bien l'hypothèque était inscrite, et alors il a dû nécessairement en avoir connaissance.—Sans doute, la prudence la plus vulgaire commande à l'acquéreur d'un immeuble de consulter, avant de traiter, le registre des inscriptions, afin de découvrir l'existence des charges hypothécaires dont l'immeuble peut être grevé. Mais il y a des acquéreurs négligents ou trop confiants ; en fait, le tiers détenteur a peut-être omis lors de son acquisition de se faire délivrer un état des inscriptions, nulle loi ne l'y oblige. Il peut donc ignorer l'existence des charges ; alors il bénéficiera de la prescription de dix à vingt ans.

D'ailleurs, la bonne foi du détenteur se présume. Il appartiendrait donc au créancier, qui allègue sa mauvaise foi, d'en fournir la preuve (arg. art. 2268) : ce qu'il pourra faire par tous les moyens possibles, même par témoins et par présomptions ; car il y a eu pour lui impossibilité de se procurer une preuve écrite (arg. art. 1348).

Remarquons enfin que la prescription de l'hypothèque par dix à vingt ans ne peut commencer à courir au profit du tiers détenteur qu'à dater du jour où son titre a été transcrit ; l'art. 2180-4o, al. 3 *in fine*, le dit

formellement. Cette disposition va toute seule depuis la loi du 23 mars 1855 ; car le créancier hypothécaire est un tiers par rapport au tiers détenteur ; il est donc tout simple que le droit de celui-ci ne lui devienne opposable que par la transcription. Mais elle était fort difficile à expliquer sous l'empire du code civil, au moins en admettant, comme l'avait fait la jurisprudence, que la transcription n'était pas nécessaire pour rendre le droit de l'acquéreur d'un immeuble opposable aux tiers. Notre disposition est l'une de celles qui protestaient contre cette interprétation, et elle n'est pas la seule.

1508. Il reste à justifier la proposition que nous avons formulée plus haut, savoir : que, lorsque l'immeuble hypothéqué est entre les mains d'un tiers détenteur, la prescription de l'hypothèque s'isole complètement, d'une part de la prescription de la créance hypothécaire, d'autre part de la prescription de la propriété de l'immeuble hypothéqué.

a.—Sur le premier point, la démonstration est toute faite. Sans doute, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, la prescription de la créance entraîne fatalement celle de l'hypothèque, et le tiers détenteur peut s'en prévaloir, comme tous les intéressés. Mais la réciproque n'est pas vraie : il peut fort bien arriver que l'hypothèque soit prescrite, la créance ne l'étant pas encore. Ainsi, la créance hypothécaire n'étant prescriptible que par trente ans, il se peut que l'hypothèque soit prescrite au bout de dix années, le tiers détenteur ayant juste titre et bonne foi ; la créance dans cette hypothèse survivra de vingt ans à l'hypothèque. De même, en supposant la créance dans cette hypothèse survira de vingt ans à l'hypothèque. De même, en supposant la créance et l'hypothèque prescriptibles par le même délai, il se peut que la prescription de la créance ait été interrompue, et non celle de l'hypothèque. Dans ce cas encore, la prescription de l'hypothèque s'accomplira avant celle de la créance.

b. Il est tout aussi facile de démontrer que la prescription de l'hypothèque s'isole de la prescription de la propriété, lorsqu'il est nécessaire au tiers détenteur de prescrire tout à la fois la propriété et l'hypothèque : ce qui arrive notamment quand il a acquis l'immeuble *a non domino* (*supra*, n. 1504). Dans des cas très nombreux, l'une des prescriptions peut être accomplie avant l'autre, et ce sera tantôt celle de la propriété, tantôt celle de l'hypothèque. Citons quelques espèces.

1° Le tiers détenteur, qui a un juste titre, est de bonne foi quant à la propriété, il a cru traiter avec le véritable propriétaire ; mais il est de mauvaise foi quant à l'hypothèque, dont il connaissait l'existence lors de l'acquisition. Il prescrira la propriété par dix à vingt ans (art. 2265 et 2266), tandis qu'il ne prescrira l'hypothèque que par trente ans ; la prescription de la propriété sera donc accomplie avant celle de l'hypo-

thèque. C'est le contraire qui arriverait dans l'espèce inverse, celle où le tiers détenteur serait de mauvaise foi quant à la propriété, mais de bonne foi quant à l'hypothèque.

2° En supposant que le tiers détenteur soit de bonne foi quant à l'hypothèque et quant à la propriété, auquel cas la durée du délai est théoriquement la même pour les deux prescriptions, il arrivera souvent en fait que leur parallélisme sera détruit, et qu'elles ne s'accompliront pas à la même époque. Il est facile de le démontrer.

D'abord, la prescription de l'hypothèque ne commence à courir qu'à compter de la transcription du titre (art. 2180-4°, al. 3 *in fine*), tandis qu'il n'en est pas de même, suivant l'opinion générale, pour la prescription de la propriété. Le point de départ de la prescription de l'hypothèque pourra se trouver ainsi retardé, et par suite aussi son accomplissement.

En outre et surtout, il ne faut pas oublier que les deux prescriptions ne courent pas contre la même personne : l'une, celle de la propriété, court contre le véritable propriétaire ; l'autre, celle de l'hypothèque, contre le créancier hypothécaire. De là des causes nombreuses d'inégalité dans la durée du délai des deux prescriptions.

Ainsi il peut arriver que le véritable propriétaire soit domicilié dans le ressort de la cour d'appel de la situation de l'immeuble, et le créancier hypothécaire en dehors dudit ressort : auquel cas la prescription de la propriété s'accomplira par dix ans, et celle de l'hypothèque par vingt ans. C'est le contraire qui se produirait, si le créancier hypothécaire était domicilié dans le ressort de la cour d'appel de la situation de l'immeuble, et le propriétaire en dehors dudit ressort.

D'autre part, le véritable propriétaire peut être majeur, et le créancier hypothécaire mineur, ou réciproquement. L'une des prescriptions suivra alors son cours, tandis que l'autre sera suspendue (art. 2252), et par suite elles ne s'accompliront pas à la même époque.

Enfin, il peut arriver que l'une des prescriptions soit interrompue, l'autre ne l'étant pas : auquel cas, toutes choses égales d'ailleurs, cette dernière s'accomplira plus tôt.

Nous sommes ainsi conduit à parler de l'interruption de la prescription de l'hypothèque.

1509. Interruption de la prescription de l'hypothèque.—On lit à ce sujet dans l'art. 2180, al. final : " *Les inscriptions prises par le créancier* " *n'interrompent pas le cours de la prescription établie par la loi en* " *faveur du débiteur ou du tiers détenteur.*"

* — *En faveur...du tiers détenteur.* Cette disposition, qui se comprend aisément aujourd'hui sous l'empire de la loi de 1855, soulevait une diffi-

culté sous l'empire du code civil, au moins d'après l'interprétation admise par la jurisprudence au point de vue du transfert de la propriété immobilière. On était en effet conduit à dire que les inscriptions prises pour la première fois après l'aliénation au profit du tiers détenteur, étaient sans valeur. On pouvait pourtant s'en tirer en disant qu'il s'agissait probablement d'inscriptions prises en renouvellement.

L'art. 2180, al. final, que nous venons de transcrire, ne nous indique pas comment le créancier hypothécaire doit s'y prendre pour interrompre la prescription qui le menace. A cet égard il y a lieu de distinguer.

a.—L'immeuble hypothéqué est entre les mains du débiteur. Nous savons que, dans cette hypothèse, la prescription de l'hypothèque est liée à la prescription de la créance. Le créancier interrompra donc la prescription de l'hypothèque en interrompant celle de la créance. Sur le point de savoir par quels actes l'interruption s'opère, voyez les art. 2242 et s.

b.—L'immeuble hypothéqué est entre les mains d'un tiers détenteur. Le créancier hypothécaire peut dans tous les cas interrompre la prescription, en obtenant du tiers détenteur une reconnaissance volontaire ou judiciaire de l'hypothèque (*supra*, n. 1462). En outre, si la créance est exigible, la prescription pourra être interrompue par la saisie de l'immeuble hypothéqué.

La saisie de l'immeuble hypothéqué doit être précédée d'une sommation de payer ou de délaisser, adressée au tiers détenteur (art. 2169). D'après la jurisprudence de la cour de cassation, cette sommation suffit pour interrompre la prescription. Il est vrai que la sommation ne figure pas sur la liste limitative, donnée par la loi, des actes qui opèrent l'interruption civile de la prescription ; cette liste ne comprend que la citation en justice, la saisie et le commandement (art. 2244). Mais précisément la sommation dont il s'agit équivaut à un commandement ; car d'une part elle sert de préliminaire à la saisie (art. 2169), et d'autre part elle dépouille le tiers détenteur de la jouissance de l'immeuble en le rendant comptable des fruits (art. 2176).

TITRE DIX-HUITIÈME.	TITLE EIGHTEENTH
DE L'ENREGISTREMENT DES DROITS RÉELS.	OF REGISTRATION OF REAL RIGHTS.

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Rapport de MM. les Commissaires. Ainsi qu'il a été annoncé dans les observations sur le titre des *Priviléges et Hypothèques*, le présent titre contient les prescriptions de la loi pour la conservation non seulement des priviléges et des hypothèques, mais des autres droits qui peuvent affecter les immeubles. Ces prescriptions sont le produit de notre législation coloniale et sont presque toutes tirées du chapitre 37 des Statuts Refondus du Bas-Canada. On y a ajouté quelques articles pour développer davantage quelques-unes des règles énoncées et quelques suggestions d'amendement, et c'est seulement sur ces derniers articles que les Commissaires ont cru nécessaire d'offrir quelques observations particulières.

Les Commissaires ont cru devoir attirer l'attention sur l'article 2085, qui est en substance le même que l'article 1071 du Code Napoléon et qui reproduit les dispositions contenues dans la cinquième section du chapitre 37 des Statuts Refondus, avec la différence qui suit. Le statut en énumérant les différents titres dont l'enregistrement ne peut être affecté par la connaissance d'un titre antérieur non enregistré, parle, "de la vente, *donation*, hypothèque, privilége ou charge dûment enregistrée," et en corrélation, "de l'acquéreur, *donataire*, créancier privilégié ou hypothèque *pour valable considération*," expressions qu'on trouve également dans la première section, paragraphes 2 et 4. Ces termes ont été employés pour rendre et traduire le texte anglais de l'ordonnance de la 4 V. c. 30, s. 1 ; mais la traduction est manifestement fautive en deux points : on s'est servi du mot *donation* pour rendre l'expression anglaise *grant*, dont le sens est : *octroi* ou *concession ;* et on a ensuite traduit le mot *grantee*

par *donataire*, au lieu de *concessionnaire.* La seconde erreur se trouve dans les termes *pour valable considération*, employés pour rendre l'expression anglaise *for a valuable consideration ;* or, cette expression signifie un *prix* et non pas un motif ou une considération valable, et conséquemment l'intention de l'ordonnance était de ne donner une faveur qu'à l'acquéreur de droits réels qui en fournit la valeur ou le prix. Il eut été exorbitant d'étendre cette faveur à un donataire ou acquéreur à titre gratuit ; c'eût été élargir la porte à la fraude et augmenter des *pertes* et des *maux* que l'ordonnance avait pour objet de faire disparaître. Cependant cettte traduction fausse a été reproduite dans le statut 16 V. c. 206, s. 6 ; mais dans ce dernier acte on a interverti l'ordre, et c'est la version française qui semble avoir servi de texte ; et le traducteur anglais, abandonnant le texte de l'ordonnance, a rendu le mot *donataire* par *donee*, expression qu'on retrouve dans la 9e clause du ch. 37 des Statuts Refondus. Les Commissaires n'ont pas cru devoir reproduire le texte ainsi altéré, mais revenant à l'intention évidente de l'ordonnance, ils ont formulé la disposition telle qu'elle se trouve dans l'article 2085.

Quant à l'art. 2084, voyez ce que nous disons plus bas aux observations additionnelles.

Un article, conforme à la section 10 du statut, exige l'enregistrement de tout bail d'immeuble pour un terme excédant neuf ans. Les Commissaires ayant suggéré d'amender la loi en force telle qu'exposée en l'article 1663 du titre : *Du Louage*, et de déclarer qu'à l'avenir la vente par le locateur de l'immeuble ne mettra plus fin au bail, l'adoption de cette disposition a fait du bail une charge sur l'immeuble, qu'on doit soumettre, comme toute autre charge, à la publicité. Il a donc été adopté d'amender la loi statutaire, en étendant la règle à tout bail pour un terme excédant un an ; (2128) et pour éviter les fraudes et les déceptions qui pourraient résulter de quittances de loyer par anticipation, les Commissaires ont soumis l'article additionnel qui-assujettit à l'enregistrement la quittance par anticipation. (2129) Le second aliéna de l'article 2100 est un amendement contraire à la

jurisprudence dans la cause de Patenaude vs. Lerigé. 7 déc. des Trib. p. 66.

CHAPITRE III.

DU RANG QUE LES DROITS RÉELS ONT ENTR'EUX.

L'article 2130 s'occupe du rang qui doit être observé entre les différents droits réels dans les cas où l'enregistrement est requis et dans ceux où il ne l'est pas et pourvoit au cas où deux titres affectant le même immeuble sont produits ensemble pour enregistrement. Le dernier alinéa de cet article tel que projeté déclarait qu'en l'absence de tout enregistrement les créances conservent leur ordre suivant la date de l'hypothèque, le défaut d'enregistrement ne pouvant être opposé, d'après la loi ancienne que par ceux qui ont eux-mêmes rempli cette formalité. Néanmoins les Commissaires ont été d'opinion que l'hypothèque ne devrait avoir son effet qu'en autant qu'elle est rendue publique par l'enregistrement et ont fait adopter un amendement en conséquence.

CHAPITRE IV.

DU MODE ET DES FORMALITÉS DE L'ENREGISTREMENT.

La section 18 du chapitre 37 des Statuts Refondus du Bas-Canada, porte que le certificat du régistrateur apposé sur un document fait preuve, mais elle ne fait aucune mention des détails que doit contenir ce certificat. Cette lacune se trouve couverte par l'article 2134 que les Commissaires ont soumis comme corollaire des dispositions sur la matière.

Un article reproduisait une disposition du statut, en exigeant que le bordereau pour la conservation d'intérêts échus en vertu d'un titre non authentique, serait accompagné d'une déposition sous serment que le montant de ces intérêts est dû. Les Commissaires ne voyant aucune raison de faire cette distinction, ont étendu cette formalité à tous les cas dans l'art. 2146.

Voyez la 32 V. c. 25 amendant le c. 37 des S. R. B. C. ainsi que la 27-28 V. ch. 40, concernant l'enregistrement et les livres tenus par les Régistrateurs.

Voyez aussi 32 V. c. 30, concernant les cadastres faits en vertu de l'acte seigneurial refondu, et les titres-nouvelles postérieurs aux dits cadastres.

La 29 V. c. 44 amende la Sect. 39 du c. 37, S. R. B. C., en ce qui concerne la manière d'authentiquer les certificats d'acquittement d'hypothèques, exécutés par devant témoins.

OBSERVATIONS ADDITIONNELLES.

Les Commissaires auraient terminé ici leurs remarques sur le présent titre, ne considérant pas de leur devoir d'examiner si le système d'enregistrement en force était le plus convenable, ou d'en suggérer un nouveau. Cependant ils n'ont pas manqué d'observer que le législateur, en essayant d'arriver à la publicité universelle des droits réels pour protéger l'acquéreur et le prêteur, a laissé subsister des exceptions à la règle qui enlèvent au système toute son efficacité. Il suffit de mentionner le douaire coutumier, les transports de créances hypothécaires, comme autant d'obstacles au bon fonctionnement du système, et demandant des remèdes. Pour obvier à ces lacunes, les Commissaires ont fait suivre les présentes d'un projet d'amendements à la loi en force et qu'ils ont soumis, en dehors de leur travail, à la considération du législateur.

Le douaire coutumier étant une charge qu'il est souvent presqu'impossible de découvrir, deux moyens s'offrent pour y remédier : le premier, en l'abolissant entièrement, suivant en cela l'exemple du code français et laissant aux futurs époux la faculté de le stipuler par acte authentique. Ce mode semblerait le mieux adapté au système de la publicité et de la spécialité. L'objection à cette mesure ne vient que des usages et des notions invétérées du peuple, et en bien des cas, de la difficulté de se procurer l'assistance des notaires. Le second moyen consisterait à en prescrire l'enregistrement tel qu'adopté à l'article 2116. C'est pour cette raison que l'art. 2084 de ce titre a été modifié en en retranchant la mention du douaire.

On a également retranché de cet article le privilége des frais funéraires et frais de dernière maladie pour les assujet-

tir à l'enregistrement en les rangeant dans la catégorie de ceux qui peuvent demander la séparation de patrimoine.

Un article projeté reproduisait en substance la disposition du statut de la 7 V. c. 22, s. 9, qui amendait à cet égard l'ordonnance; comme il est bien difficile de constater jusqu'à quel point la possession est ouverte et publique, et qu'il n'y a pas de raison dans notre système de faire une exception pour cette espèce de droit réel, il a paru convenable de le soumettre, pour l'avenir, à la règle générale, tel qu'exprimée en l'amendement de l'article 2098, et l'article 2088 a été en conséquence modifié de manière à ne s'appliquer qu'à ceux qui sont maintenant en possession.

L'amendement de l'article 2098, dont il vient d'être parlé, a pour objet d'établir comme règle universelle, le système de la publicité et la préférence en faveur de l'enregistrement, en exigeant la transcription pour les ventes, donations et autres actes entrevifs, et la simple inscription pour les titres par testaments ; et quant aux titres successifs, la transcription d'un avis ou déclaration énonçant le nom de l'héritier, son degré de parenté avec le défunt, le nom de ce dernier et la désignation de l'immeuble. Et pour contraindre à l'enregistrement l'article ne donne aucun effet à l'enregistrement des actes de celui dont le titre de propriété n'est pas enregistré.

En harmonie avec ces dispositions, l'article 2101 exige l'enregistrement de tout jugement prononçant la résolution, nullité, rescision et révocation des actes translatifs d'immeubles, ou admettant le droit de réméré.

L'article 2119, dans l'intérêt des mineurs et des interdits, oblige les notaires appelés à la confection d'inventaires, de constater et de procurer au besoin l'enregistrement des tutelles et curatelles. C'est un amendement.

L'article 2126 exige que toutes renonciations à douaire, succession, legs ou communauté de biens soient également enregistrées. C'est un amendement à la loi.

Une occasion de fraude et de perte nait souvent de cessions de créances hypothécaires qu'il est impossible de constater, et

tel prêteur est souvent exposé à la perte de ses deniers à raison de subrogations et de transports antérieurs qui lui ont été cachés et qui obtiennent la préférence sur lui. Par l'article 2127, il est adopté de faire dépendre la préférence des transports non seulement de la signification, mais encore de l'enregistrement. Ce qui est encore un amendement à la loi ancienne.

Toutes les mesures suggérées ci-dessus seraient peu utiles si on n'offrait pas en même temps aux intéressés un moyen facile et économique de connaître toutes les charges qui peuvent grever un immeuble. Il a semblé qu'en prescrivant, dans les entrées de l'index des immeubles, mentionné en l'article 2171, quelques détails additionnels, on pourrait atteindre ce but. Les Commissaires ont soumis en conséquence cet article en amendement qu'ils ont cru suffisant pour mettre les tiers sur leurs gardes, et au besoin la copie des entrées de cet index pourrait remplacer le certificat des hypothèques et charges dont un immeuble est grevé, dans les cas où ce certificat est requis.

Les autres articles adoptés ne contiennent que des matières de forme et n'exigent aucune remarque particulière.

Remarquons que cette matière a été affecté après le projet du Code par la 27-28 V., ch. 40, qui doit être citée aux articles 2132, 2148, 2172 et 2177, et par 29 V., c. 44, 32 V., c. 25 et 30.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

2082. L'enregistrement des droits réels leur donne effet et établit leur rang suivant les dispositions contenues dans ce titre.

CHAPTER FIRST.

GENERAL PROVISIONS.

2082. Registration gives effect to real rights and establishes their order of priority according to the provisions contained in this title.

* *C. N.* 2106, 2134. } 2106. Entre les créanciers, les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi, et à compter de la date de cette inscription, sous les seules exceptions qui suivent.

2134. Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrite par la loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant.

---

* *Sts. Ref. B. C.*, *ch.* 37, *s.* 1. } 1. Tout titre ou instrument par écrit fait et passé après le trente-et-unième jour de décembre de l'année mil huit cent quarante-et-un,—tout testament fait par une personne décédée après le dit jour,—tout jugement, acte ou procédure judiciaire, reconnaissance, nomination de tuteur ou de gardien à des mineurs, ou de curateur à une personne interdite,—et tout droit, réclamation et charge privilégiée et hypothécaire, quelle que soit son origine, et qu'il soit créé par la simple opération de la loi ou autrement, qui aura été consenti, fait, acquis ou obtenu après le dit jour, à raison ou au moyen duquel toute terre ou immeuble dans le Bas Canada est aliéné, transporté, légué, hypothéqué, grevé ou affecté,—pourra être enregistré tel que prescrit ci-dessous :

2. Et chaque tel titre, instrument par écrit, jugement, acte ou procédure judiciaire, droit, reconnaissance, réclamation et charge privilégiée et hypothécaire, n'aura aucune force, et sera nul et de nul effet à l'égard de tout subséquent acquéreur *boná fide*, donataire, créancier privilégiée et hypothécaire, pour valable considération, à moins qu'il n'ait été enregistré avant l'enregistrement du titre, instrument par écrit, jugement, acte ou procédure judiciaire, reconnaissance, droit, réclamation ou charge privilégiée ou hypothécaire,

sur lequel tel subséquent acquéreur, donataire ou créancier privilégié ou hypothécaire fonde sa réclamation.

---

11 *Rev. Lég.*, *p.* 356, *C. S. M.*, 1882. *Mathieu J. Poitras et Lalonde.* } Jugé : Que l'enregistrement d'un testament contenant une substitution, fait en 1853, n'a pas l'effet de remplacer l'insinuation qui était alors obligatoire. Que l'enregistrement d'une substitution doit être renouvelé dans les deux ans de la mise en force de l'art. 2168 C. C.

2083. Tout droit réel soumis à la formalité de l'enregistrement a effet du moment de son enregistrement à l'encontre des autres créanciers dont les droits n'ont été enregistrés que subséquemment, ou ne l'ont pas été. Si néanmoins un délai est accordé pour enregistrer un titre et que l'enregistrement soit effectué dans ce délai, ce titre a son effet à l'encontre même des créanciers subséquents qui ont priorité d'enregistrement.

2083. All real rights subject to be registered take effect from the moment of their registration against creditors whose rights have been registered subsequently or not at all. If however a delay be allowed for the registration of a title and it be registered within such delay, such title takes effect even against subsequent creditors who have obtained priority of registration.

Voy. autorités sur art. 2082.

[ARTICLE 2084.]

25 *Low. C. Jurist*, *p.* 25, *C. d'ap.*, *Montréal*, 1879. *Adams et Flanders.* } Held : — That since the Civil Code came into force, though a person may have acquired an immoveable in good faith, and be in open possession thereof as proprietor, yet, if the *acte* by which he acquired, though registered within thirty days, has not been registered until after the registration of a judicial or other *hypothèque* against the vendor, the latter claim attaches and has the preference.

The registration of a deed of alienation within thirty days from its date protects only the rights of the vendor or donor, and has no retroactive effect in favor of the person who acquires the property.

2084. Sont exemptés de la formalité de l'enregistrement :

1. Les priviléges mentionnés en premier, quatrième, cinquième, sixième et neuvième lieux dans l'article 2009.

2. Les titres originaires de concession soit en fief, en censive, en franc-alleu ou en franc et commun soccage ;

3. Les hypothèques de la Couronne créées en vertu de l'Acte de la 9e Vict. chap. 62.

4. Les droits seigneuriaux et les rentes constitutées pour leur achat ;

5. Les créances des com-

2084. The following rights are exempt from the formality of registration :

1. The privileges mentioned in paragraphs one, four, five, six and nine of article 2009.

2. The original titles by which lands were granted *en fief*, *en censive*, *en franc-alleu*, or in free and common soccage ;

3. Hypothecs in favor of the crown, created in virtue of the statute 9th Vict. ch. 62.

4. Seigniorial rights, and the rents constituted in their stead ;

5. The claim of mutual

pagnies d'assurance mutuelle pour contribution payable par les assurés.

insurance companies for the amounts which the parties insured are liable to contribute.

---

* *C. N.* 2107. } Sont exceptées de la formalité de l'inscription les créances énoncées en l'art. 2101.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 2116.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *ss.* 3, 8, 46, 53, 54. } 3. Toute obligation notariée, contrat, instrument par écrit, jugement, acte ou procédure jndiciaire, reconnaissance, droit ou réclamation privilégiée ou hypothécaire, qui était en force le trente-et-unième jour de décembre, mil huit cent quarante-et-un, et en vertu duquel toutes dettes, sommes d'argent, meubles ou effets, ont été contractés, stipulés ou garantis, ou faits ou recouvrés, et étaient payables ou livrables, et en vertu duquel tout immeuble était hypothéqué, grevé ou affecté pour en assurer le paiement, la liquidation ou la livraison,—a pu être enregistré en aucun temps le ou avant le premier jour de novembre, mil huit cent quarante-quatre ; et l'enregistrement ainsi fait le ou avant le dit jour, a eu et aura l'effet de conserver tels hypothèques, droits et réclamations hypothécaires et privilégiées, suivant leur rang et leur priorité respectivement, et cela, de la même manière, que si l'ordonnance d'enregistrement, quatre Victoria, chapitre trente, n'eût jamais été passée :

2. Mais chaque telle obligation notariée, contrat, instrument par écrit, jugement, reconnaissance, acte ou procédure judiciaire, droit ou réclamation privilégiée ou hypothécaire, qui n'a pas été enregistré le ou avant le jour indiqué en dernier lieu, sera, et a été, depuis le dit jour, sans force, nul et de nul effet quelconque, à l'égard de tout subséquent

[ARTICLE 2084.]

acquéreur *boná fide*, donataire, créancier privilégié ou hypothécaire, pour valable considération, dont la réclamation a été enregistrée avant l'enregistrement de telle obligation, acte ou document comme susdit; 4 V. c. 30, s. 4,—7 V. c. 22, s. 12.

3. Mais rien de ce qui est contenu dans les dispositions qui précèdent ne sera censé avoir requis ou requérir l'enregistrement des octrois originaires, lettres patentes, transports ou titres en vertu desquels des immeubles étaient possédés en fief, à titre de cens, en franc-alleu ou en franc et commun soccage, ou de toute rente, redevance, droit ou servitude y stipulé ou réservé par le seigneur, possesseur originaire, ou seigneur du fief (*fee*). 4 V. c. 30, s. 4, *partie*.

8. Il ne sera pas nécessaire d'enregistrer aucune réclamation pour arrérages de cens dus au seigneur,—ni pour rentes, servitudes ou redevances seigneuriales, (légales ou conventionnelles,) ou aucune rente constituée les représentant,—ni pour arrérages de rentes foncières pour une période n'excédant pas sept années,—ni pour les frais de l'apposition des scellés, ou pour faire un inventaire prescrit par la loi,—ni pour frais de poursuite encourus pour l'avantage commun des créanciers,—ni pour frais funéraires et ceux de la dernière maladie, ni pour gages de serviteurs pour une période de pas plus de deux années,—et telles dettes n'auront pas besoin d'être enregistrées pour conserver l'hypothèque ou privilége qui s'y rattache. 4 V. c. 30, s. 2,—6 V. c. 15, s. 2.

46. Nulle hypothèque légale ou tacite ne sera, pour quelque cause que ce soit, constituée ou ne subsistera sur des immeubles, excepté dans les cas suivants, savoir:

Sur les immeubles des hommes mariés, en faveur et à l'égard de leurs femmes, pour assurer la restitution et le paiement de toutes dots, réclamations et demandes auxquelles elles peuvent prétendre contre leurs maris, pour ou à raison de toute succession ou héritage qui pourra échoir et accroître aux dites femmes mariées, et de toute donation à elles faite durant leur mariage, et l'hypothèque datera des

époques respectives auxquelles viendra à échoir ou accroître telle succession ou héritage, ou de la mise à exécution de telle donation ;

Sur les immeubles des tuteurs ou gardiens de mineurs et curateurs à des personnes interdites, en faveur et à l'égard de tels mineurs et personnes interdites, comme sûreté pour la due administration de tels tuteurs et curateurs et le paiement de toutes sommes d'argent par eux dues à la fin de leur administration ;

Sur les terres et immeubles des personnes qui auraient contracté des dettes ou obligations envers la couronne, pour et à l'égard desquelles une hypothèque est accordée par les lois du Bas Canada. 4 V. c. 30, s. 29.

53. Le douaire, ou le droit au douaire des enfants issus d'un mariage, sera exercé exclusivement sur les immeubles affectés au douaire de leur mère, dont leur père était saisi et en possession lors de son décès, et à l'égard desquelles le douaire de leur mère n'a pas été éteint par elle pendant la durée du mariage. 4 V. c. 30, s. 37.

54. Le mot " douaire, " dans les deux sections immédiatement précédentes ou dans toute partie du présent acte, comprend non seulement le douaire légal et coutumier, mais aussi le douaire préfix ou conventionnel ; et cette interprétation s'applique à toutes transactions de même qu'à tous actes faits et passés par toute femme mariée, depuis la mise en vigueur de l'ordonnance d'enregistrement, quatre Victoria, chapitre trente. 8 V. c. 27, s. 3.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 18, *s.* 32. } Le montant de toute cotisation imposée sur un immeuble pour défrayer les dépenses de construction ou de réparation d'une église, sacristie, presbytère ou cimetière, constituera la première obligation sur l'immeuble, et la première dette privilégiée qui engagera et grèvera l'immeuble en question, sans qu'il y ait nécessité d'enregistrer l'acte de cotisation ou le juge-

ment de confirmation en tout ou en partie, dans un bureau d'enregistrement. 13, 14 V. c. 44, s. 5.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 15, *s.* 73-77. } 73. Il sera du devoir des commissaires d'école et des syndics des écoles dissidentes, dans leurs municipalités respectives, de faire prélever, par voie de répartition et cotisation dans chaque municipalité, une somme égale à celle allouée à telle municipalité sur le fonds communs des écoles, et de faire rapport de leurs procédés à cet égard au surintendant de l'éducation ; et les commissaires d'école, pour recevoir leur part du fonds commun des écoles du surintendant de l'éducation, devront lui fournir une déclaration du secrétaire-trésorier, portant qu'il a actuellement et de bonne foi reçu, ou qu'il a mis entre les mains des commissaires ou syndics d'école pour les fins de cet acte, une somme égale à la part afférante aux dits commissaires ou syndics. *Ibid.* s. 21, p. 10.

74. Les commissaires d'école ou les syndics des écoles dissidentes feront prélever, par voie de répartition et cotisation, telle somme additionnelle en sus de celle qui leur est prescrit de prélever par la section précédente, qu'ils croiront nécessaire pour le soutien des écoles sous leur contrôle ; et cette disposition s'applique aussi aux cités de Québec et Montréal. 9 V. c. 27, s. 21, p. 10,—19, 20 V. c. 14, s. 1,—*et* 22 V. (1859,) c. 52, s. 6.

75. Les commissaires et syndics d'école feront prélever en même temps et de la même manière, une somme additionnelle n'excédant pas trente pour cent de la somme totale à prélever comme susdit, dans le but de combler tout déficit qu'il pourrait y avoir dans la perception de telle cotisation, et de faire face à toute dépense contingente ou imprévue. 9 V. c. 27, s. 37,—*et* 19, 20 V. c. 14, s. 1.

76. Telle cotisation sera également répartie, d'après l'évaluation, sur toutes les propriétés foncières imposables de la municipalité, et sera payée par le propriétaire, l'occupant ou

possesseur de la propriété imposable ; et, faute de paiement, elle sera une charge spéciale portant hypothèque sur toute propriété immobilière, sans qu'il soit besoin d'enregistrement pour la conserver. 9 V. c. 27, s, 36.

77. Les terres non concédées dans les seigneuries seront exemptées de la cotisation imposée en vertu de cet acte, mais tous les seigneurs paieront pour leurs droits lucratifs un quarantième du montant de la cotisation répartie dans la municipalité ou les municipalités, ou parties de municipalités dont ils sont seigneurs en proportion de l'étendue de leur seigneurie en icelles :

2. Tous les bâtiments consacrés à l'éducation ou au culte religieux, presbytères, et toutes institutions charitables ou hôpitaux incorporés par acte du parlement, et le terrain ou emplacement sur lequel ils sont érigés, ainsi que les cimetières, seront exempts de la cotisation imposée pour les fins de cet acte ; *Ibid*, s. 37.

---

* *Sts. R. B. C.*, *ch.* 24, *s.* 61, § 7-10. } 7. Toute personne pourra racheter tout lot ou lopin de terre ainsi vendu, qu'elle y soit autorisée ou non par le propriétaire primitif, mais pour et au nom de tel propriétaire seulement ;

8. Chaque fois qu'un semblable rachat est fait par une personne qui n'a pas été spécialement autorisée à cet effet, le secrétaire-trésorier, dans le reçu qu'il donnera pour le prix du rachat, fera mention du nom et qualité de la personne qui l'aura payé ;

9. Tout tel reçu sera fait en *duplicata ;* un *duplicata* sera remis à la personne qui aura payé le prix du rachat, et l'autre demeurera déposé au bureau du secrétaire-trésorier ;

10. Tout tel reçu, ou une copie d'icelui, certifiée par le secrétaire-trésorier, fera preuve du paiemeent y mentionné, et après avoir été enregistré au bureau du régistrateur qu'il convient, assurera à la personne y mentionnée, ses hoirs ou ayants cause, un privilége et hypothèque primant sur toutes autres réclamations contre le lot ou lopin de terre ainsi vendu,

pour le remboursement de la somme qui y sera spécifiée, avec intérêt au taux de huit pour cent par an, à compter de la date du reçu, excepté sur les cens et rentes ou rentes constituées représentant les cens et rentes ainsi que pourvu par les chapitres quarante-et-un, quarante-deux et quarante-trois de ces Statuts Refondus.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 41, *s.* 49-51. } 49. A l'égard de tous les droits acquis dans ou sur aucune seigneurie, avant la publication dans la *Gazette du Canada* de l'avis du dépôt du cadastre d'une seigneurie, et pour la conservation desquels une opposition a été formée dans les six mois à compter de la date de la dite publication, tous les biens-fonds et droits réels qui le, et immédiatement avant le dix-huitième jour de décembre, mil huit cent cinquante-quatre, étaient possédés par le seigneur comme faisant partie de sa seigneurie, tous les droits qui lui étaient assurés par le cadastre d'icelle, toutes les rentes à être créées en vertu de cet acte, tous les deniers provenant du rachat de toutes telles rentes, ou qui seront reçus par le seigneur sur l'allocation faite aux censitaires pour le rachat des droits, charges et redevances seigneuriales, et toutes les propriétés et droits acquis par tel seigneur de manière à représenter tels deniers, seront pris et considérés comme étant inhérents au domaine de telle seigneurie, et comme représentant telle seigneurie ; mais à l'égard de tous droits à échoir à l'avenir, ou pour la conservation desquels il n'a pas été formé d'opposition dans le délai susdit, tous tels biens-fonds, droits, rentes et deniers seront pris et considérés être, et seront à toutes fins quelconques des propriétés et droits séparés et indépendants ; et il ne sera pas nécessaire qu'aucune personne se qualifie comme étant, ou ayant toujours été seigneur pour pouvoir posséder, recouvrer ou exercer aucun d'iceux. 18 V. c. 3, s. 26,—19 V. c. 53, s. 19.

50. Toutes rentes constituées créées en vertu du présent

acte, auront les mêmes priviléges *ex causâ* que le droit du bailleur de fonds, et la même préférence sur toutes autres réclamations hypothécaires affectant le bien-fonds, que tous droits seigneuriaux sur tel bien-fonds ou provenant de tel bien-fonds, auraient eu avant le rachat des dits droits, sans aucun enregistrement dans aucun bureau d'enregistrement à cet effet; mais le créancier n'aura pas le droit de recouvrer plus de cinq années d'arrérages de toutes telles rentes; et à défaut de meubles suffisants pour prélever le montant d'un jugement pour tels arrérages, bien qu'il se monte à moins de quarante piastres, exécution pourra émaner contre tel bien-fonds après le délai d'une année à compter de la date de tel jugement, et pas avant. 18 V. c. 3, s. 27.

51. Toute rente constituée, établie en vertu du présent acte, sera rachetable à toujours; mais si la seigneurie est substituée ou possédée par un tuteur, curateur ou propriétaire usufruitier, et qu'une opposition soit formée et alors en force, la rente et les arrérages seulement seront reçus, sujets toujours à l'exception dans la section suivante, qui s'appliquera à tous les cas de rachat de telles rentes. 18 V. c. 3, s. 28, *tel qu'amendé par* 18 V. c. 103, s. 1.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 68, *s.* 12. } Chaque membre de toute telle compagnie d'assurance mutuelle paiera sa quote-part de toutes les pertes et dépenses encourues par la compagnie; et tous les immeubles appartenant aux personnes assurées au temps de la date de la police, ou pendant son existence, seront hypothéqués envers la compagnie, à compter de la date de la police, pour le montant du billet de dépôt donné aux directeurs par la partie assurée; et il ne sera pas nécessaire pour garantir la validité de telle hypothèque que le billet de dépôt ou la police soit enregistré dans un bureau d'enregistrement. 4 Guil. 4, c. 33, s. 9,—6 Guil. 4, c. 33, s. 7.

---

* *St. de Québec*, 34 *Vict.*, *ch.* 12, *s.* 4. } Il sera loisible aux dits commissaires de déclarer par les dits bons ou débentures qu'ils émettront à l'avenir, que ceux seront garantis par privilége et hypothèque sur tous les biens-fonds alors leur appartenant, et dans le cas où telle déclaration sera faite, les dits bons ou débentures seront garantis en capital et intérêt sur tous les biens-fonds appartenant alors aux dits commissaires, sans la formalité de l'enregistrement au bureau d'enregistrement, et nonobstant les articles 2084 et 2130 du Code civil.

---

* 10 *Déc. du B. C.*, *p.* 301, *Sims vs Evans*, *Cour d'Appel. Montréal*, 1860. } Held :—That it is not necessary that a marriage contract containing the stipulation of a customary dower, should be registered to confer upon the person claiming such dower, a right of preference to posterior creditors who have registered their claims.

---

12 *Déc. de Québec*, *p.* 254. *C. d'appel*, *Québec*, 1885. *Charest et Cie d'ass. Stanstead et Sherbrooke.* } Held :—That the alienation, by the debtor, of an immoveable affected by the (unregistered) hypothec of a mutual insurance company, does not purge such hypothec, which attaches to the land until full payment of the premium notes.

That such hypothec also covers the costs of a personal judgment obtained against the debtor for the amount of such premium notes.

In this case was involved the decision of two questions arising under the law as to privileges and hypothecs.

1° As to the hypothec which Mutual Fire Insurance Companies have for the amount of premium notes held by them.

2° As to their hypothec for costs of a previous suit taken against their personal debtor.

One Adolphe Lafond having insured with respondents, became indebted to them for several years' assessments, on two premium notes, the one of $50 the other of $87.50 connected with Policies 37,000 and 38,809 respectively.

The respondents brought suit against him in the Superior Court, St. Francis, for the full amount of these premium notes, and recovered judgment for the same with costs.

They issued execution *fieri facia de bonis et de terris*, which they lodged with the sheriff, who made a return of *nulla bona.*

Thereupon the respondents instituted the present suit against the defendant, now appellant, Bernard Charest, as *tiers détenteur* of certain property which they alleged to be affected by legal hypothec for the amount of their judgment against Adolphe Lafond, and costs.

The defendant by his plea admitted the hypothec to extent of $19.25 assessments due on the notes to April 1882, but alledged that the said policies 37,000 and 38,809, *then* became void and hypothec discharged for all future losses, in consequence of the acquisition by defendant of the property in question, which took place by deed of sale from Adolphe Lafond to him, bearing date the 9th April 1882.

It appeared that Adolphe Lafond, the insured party, acquired this property on the 3rd May 1881, and remained owner until he sold to defendant the 9th April 1882. He, therefore, was owner of it on the 20th June 1881, date of policy 38,809, and became owner of it during the currency of policy 37,000 which issued to him on the 7th May 1880. Consequently, by virtue of the Statutes governing Mutual Fire Insurance Companies in force at the date of said policies, C. S. L. C., ch. 68, sect. 12, the company acquired a legal hypothec upon this property for the full amount of the premium notes connected with said two policies.

The same Statutes dispensed with the necessity of registration to preserve their hypothec, and provided that default for 30 days to pay assessments laid in any year upon the premium notes, should have the effect of making the whole note immediately due and exigible. C. S. L. C., ch. 68, ss. 12, 20, 21.

The defendant relied upon section 28 of the same Statute

which, in effect, provides, that when any property insured is alienated by sale or otherwise, the policy thereon shall be void, &c., &c. He contended that the alienation of the immoveable by Adolphe Lafond to defendant, on the 9th April 1882, voided the policy, terminated the obligation of Lafond for any future assessments and discharged the hypothec.

The answer of the plaintiff was two-fold : 1° That the *property insured* under said two policies, being stock in trade and personal effects, had not been alienated by sale or otherwise, therefore the said section 28 did not apply. 2° That said section 28 was in favor of the insurance companies and not of the party insured, who could not by his own act, without the knowledge or consent of the company, terminate his liability to them. That the policies had never been surrendered as provided by said section, and that the claim on the notes, with the accessory right of hypothec, would remain good until such surrender.

The plaintiffs submitted the following authorities in support of their contention : Troplong, Hyp., vol. 3, Nos. 775, 776, 782.—C. C., arts. 2053, 2016, 2081.—Laurent, vol. 30, Nos. 221, 222.—Pothier, Hyp., Nos. 106, 110.

The second question raised by the pleadings was as to the company's right of legal hypothec for the costs of the action taken against Adolphe Lafond, the personal debtor of the Plaintiffs. The amount of these costs, including the Sheriff's costs upon the *fieri facia de bonis et de terris*, was $52.20.

They were incurred subsequently to the acquisition of the property by the defendant.

The defendant bought and took possession of the property on the 9th April 1882, and the action against Adolphe Lafond, in which these costs were incurred, was instituted in May 1884.

The contention of the plaintiffs was that these costs were accessory to the principal obligation, and as such they enjoyed all the privileges, immunities and exceptions attaching to the principal obligation. Now, the principal obligation

was, in this case, exempt from necessity of registration, and conferred upon plaintiffs a legal hypothec from date of the policies. The costs did not constitute a new hypothec, but were accessory to the debt.

Article 2017 of the Civil Code, expressly declares that hypothec secures " whatever interest accrues under the restrictions stated in the title of registration of real rights, *and all costs incurred.*"

Nouveau Denisard, vbo. Dépens, vol. 6, p. 243. " Les dé-
" pens participent aux priviléges et hypothèques qui résultent
" des créances à l'occasion desquelles ils ont été adjugés,
" telle est la jurisprudence actuelle du Parlement de Paris.
" Au Parlement de Paris la jurisprudence a varié quelque
" temps à cet égard, mais enfin la question bien examinée,
" il a été arrêté que l'hypothèque des dépens remonterait au
" jour du titre, et c'est ce qui est uniformément suivi. D'après
" cela, on doit aussi décider que le tiers acquéreur d'un héri-
" tage hypothéquée à une créance, qui a acquis postérieure-
" ment au titre, mais avant la naissance d'une contestation
" par le jugement de laquelle on a condamné aux dépens le
" débiteur originaire, est lui-même sujet à l'hypothèque de
" ces dépens."

See also, Duplessis, vol. 2, Consultation 6, Dépens, etc.— Louet, Lettre D. par. 42.— Pothier, Hyp., No. 106.— Persil, Rég. Hyp., art. 2155, No. 1.— Grenier, Hyp., vol. 1 pp. 197, 198.— Troplong, Hyp., vol. 3, No. 702 *bis.*— 8 L. C. R., 122, *Marchildon* v. *Mooney.*

The judgment of the Court below maintained plaintiff's action, both for principal and costs. In appeal the following judgment was rendered, confirming the judgment appealed from.

JUGEMENT.—La Cour, etc., considérant qu'il n'y a pas d'erreur dans le jugement de la Cour de première instance, rendu le 19 février 1885, excepté quant à la somme de $11.75, qui a été payée à l'intimée dont il n'a pas été tenu compte,

et pour laquelle somme la compagnie intimée a déclaré se désister du jugement.

Cette Cour reformant le dit jugement, adjuge et ordonne qu'à défaut par l'appelant de délaisser l'immeuble désigné au dit jugement sous quinze jours de la signification du présent jugement pour être vendu en justice, il sera tenu envers l'intimée au paiement de la somme de $177.95, avec intérêt du 19 février 1885, et qu'il y soit contraint par toutes voies que de droit; et condamne de plus le dit appelant à payer à l'intimée les frais encourus en Cour de première instance que sur cet appel.

Judgment reformed and confirmed.

2085. L'avis donné ou la connaissance acquise d'un droit non enregistré appartenant à un tiers et soumis à la formalité de l'enregistrement, ne peut préjudicier aux droits de celui qui a acquis depuis pour valeur, en vertu d'un titre dûment enregistré, sauf les cas où l'acte procède d'un failli.

2085. The notice received or knowledge acquired of an unregistered right belonging to a third party and subject to registration, cannot prejudice the rights of a subsequent purchaser for valuable consideration whose title is duly registered, except when such title is derived from an insolvent trader.

---

* *C. N.* 1071. } Le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert, par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 5. } 5. Nul avis ou connaissance d'aucune vente, donation, hypothèque, privilége ou charge antérieure non enregistrée, mais qui doit être enregistrée, concernant un immeuble quelconque, que pourra avoir eu ou reçu une partie à laquelle ou en faveur de laquelle une vente, donation, hypothèque, privilége ou charge subséquente dûment enregistrée, concernant le même immeuble, ou une partie d'icelui, a été fait ou créé, ne viciera, ni n'affectera, en quelque manière que ce soit, le titre, droit, réclamation et intérêt revenant ainsi et conféré à tel subséquent acquéreur, donataire, créancier privilégié ou hypothécaire pour valable considération : 4 V. c. 30, s. 1.

---

24 *Low. C. Jurist*, *p.* 28, *C. S. M.*, 1878, *Rainville*, *J.*, *Jeannot et La Cie de Prêt.* } JUGÉ : — Que la mention qui est faite dans un acte d'obligation, qu'il existe une hypothèque antérieure, n'est pas suffisante pour donner priorité d'hypothèque au créancier ainsi mentionné, si son titre n'est pas régulièrement enregistré, et n'est pas censé un consentement de la part du deuxième créancier hypothécaire à telle priorité, son consentement devant être expressément formulé.

Le premier jour d'Avril 1874 le failli a consenti à la réclamante une obligation avec hypothèque sur une propriété située à la Longue Pointe. Cette obligation a été régulièrement enrégistrée. Le délai pour renouveler l'enregistrement expirait le 30 Avril 1876. Ce renouvellement fut fait, mais sous un mauvais numéro du cadastre, en sorte qu'il n'y avait pas de renouvellement valide. Le 28 Juin 1875, le failli a consenti une deuxième obligation et hypothèque sur la même propriété en faveur des contestants, et le failli déclarait par cette acte qu'il était dû sur la propriété une somme de $2,500 à la réclamante. Mais à ce moment l'hypothèque donnée à la réclamante n'apparaissait pas par le certificat du régistrateur. La réclamante, le deux Août 1876, s'étant aperçu de l'erreur, donne un nouvel avis au régistrateur rectifiant le numero de la propriété. Le délai pour effectuer le renouvellemet était passé, et l'obligation consenti par le failli

aux contestants était enregistré. La propriété grevée de ces hypothèques est vendue par le Syndic qui colloque la réclamante pour le montant de sa créance, et les contestants produisent une contestation demandant à être colloqués de préférence à la réclamante, vu que son obligation n'ayant pas été renouvelée dans le délai voulu par la loi pour le renouvellement des enregistrements, les contestants se trouvaient à avoir priorité d'hypothèque.

La réclamante a répondu que l'existence de son obligation ayant été énoncée dans l'acte d'obligation consenti par le failli aux contestants, ceux-ci ont par le fait reconnu le droit de priorité de son hypothèque.

A l'argument les contestants firent valoir au soutien de leur prétention l'art. 2085 du Code Civil du Bas-Canada, aussi Code N. art. 1071, Pont, Privilége, No. 728.

La réclamante au soutien de la proposition que les contestants avaient reconnu son droit de priorité a référé la Cour aux autorités suivantes.

C. C. B. C. art. 2048.

9 L. C. Reports, p. 182, Symes vs. McDonald. Table Générale, Sirey, v° Hypothèque, Nos. 209, 210, 211, 212. Pothier, Vol. 1 (Ed. Bugnet) p. 659, No. 62 ; p. 660, No. 64.

Rainville, J.—Je suis d'opinion que les contestants doivent réussir malgré la clause de leur obligation constatant l'existence d'une hypothèque antérieure sur la propriété. Il était nécessaire que leur consentement à donner priorité d'hypothèque à la réclamante fut expressément formulé. Les décisions françaises citées par la réclamante ne s'appliquent pas absolument, et en référant aux rapports de ces décisions on verra qu'il y avait dans les actes une clause stipulant priorité d'hypothèque ou déclarant la propriété franche et quitte, et alors le créancier hypothécaire antérieur comparaissant à l'acte même comme témoin, était censé y donner son assentiment. Il y a une décision rapportée par Dalloz au 9ème Vol. Jurisp. du Royaume, v° Hypothèque et Privilége, ch. 2, sect. 8, p. 418, qui règle la question.

" Le créancier premier inscrit doit être préféré à un cré-
" ancier dont le titre hypothécaire est antérieur au sien,
" mais n'a été inscrit que postérieurement, alors même que
" dans l'acte qui a conféré l'hypothèque au second créan-
" cier, le débiteur commun aurait déclaré que l'immeuble
" était grevé d'une autre hypothèque (Deloos c. Rodrigue)."

Voici le jugement de la Cour d'Appel de Bruxelles, rendu le 6 Juin 1809 :

"La Cour attendu que la clause énonciative d'une hypo-
" thèque antérieure en l'acte du 16 floréal an 9 dont l'intimé
" se prévaut, ne faisait pas obstacle à ce que celui-ci put ac-
" quérir la priorité sur les biens hypothéqués en vertu d'une
" inscription prise dans les termes de la loi du 11 Brumaire
" an 7, en raison que de cette clause il ne résultait aucune
" convention d'où l'appelant put inférer un droit de préfé-
" rence stipulé en sa faveur même pour le cas qui se pré-
" sente ; met l'appellation au néant, etc."

Cette décision me parait s'appliquer parfaitement à la présente cause. (1).

Le jugement est motivé comme suit :

" La Cour ayant entendu les parties sur la réclamation et la contestation d'icelle, examiné la procédure, les pièces produites, la preuve, et sur le tout délibéré ;

" Considérant que le délai fixé par la loi pour renouveler l'hypothèque de la réclamante expirait le 30 Avril 1875 ;

" Considérant que la réclamante n'a renouvelé l'inscription hypothécaire que le 2 Août 1876 ;

" Considérant que le contestant a pris inscription et a enregistré son hypothèque le 3 juillet 1875 ;

" Considérant que la déclaration faite par le failli dans l'acte d'obligation du 28 juin 1875, qu'il existait une hypothèque de $2000, en faveur de la réclamante sur la propriété hypothéquée n'était qu'une clause énonciative ;

" Considérant qu'en vertu de cette déclaration il ne résul-

(1) Vide Delesderniers vs. Kingsley, 3 L. C. R. 84 ; Colville & Building Society, 2 R. L. 231.

tait aucune convention d'où la réclamante put inférer un droit de préférence stipulé en sa faveur, et que cette déclaration ne la relevait pas de l'obligation de renouveler son hypothèque dans le délai prescrit par la loi ; maintient la contestation et ordonne que le Bordereau de dividende soit réformé, et que les dits contestants y soient colloqués pour la somme de $625.33 de préférence et avant la dite réclamante, et aussi avec intérêt de sept par cent sur la dite somme depuis le 28 Sept. 1875, le dit intérêt se montant à la somme de $42.07 courant, et ordonne de plus que l'item numéro cinq ou cinquième du dit Bordereau de dividende soit réduit de la dite somme de 667.40 courant, et que les dits créanciers contestants soient colloqués sur le dit Bordereau de dividende pour la dite somme de $667.40, avec dépens distraits à MM. Kerr & Carter, avocats des contestants."

---

* 11 *Pont., Privil.*, *n°* 727 *et s.* } 727. Ainsi, en thèse générale, les hypothèques, soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles, doivent être rendues publiques ; et aucune n'a de rang qu'à la condition de s'être révélée, sauf, parmi les hypothèques légales, celles qui ont été l'objet d'une exception formelle. Mais comment et suivant quel mode les hypothèques se révéleront-elles ?

Ici encore la législation moderne s'est visiblement inspirée des données fournies par l'édit de 1673. Dans le système de publicité telle que cet édit avait voulu l'instituer, des greffes d'enregistrement avaient été établis dans lesquels ceux qui avaient des hypothèques, en vertu de quelque titre que ce fût, contrats, sentences, jugements ou arrêts, pouvaient former et faire enregistrer leurs *oppositions* en une forme déterminée par la loi et prescrite à peine de nullité (art. 12 et suiv.). Ainsi, c'était par cette voie de l'*opposition* que les hypothèques devaient être portées à la connaissance des tiers. Les lois intermédiaires, et après elles le Code civil, ont substitué l'*inscription* à l'*opposition ;* mais cette inscrip-

tion, par laquelle l'opposition est aujourd'hui remplacée, a le même objet et remplit le même rôle ; en sorte que c'est uniquement par cette inscription prise, comme le dit l'art. 2134, par le créancier sur les registres du conservateur, en la forme et de la manière prescrites par la loi, que l'existence de l'hypothèque peut être révélée aux tiers. Nous dirons, dans notre commentaire des art. 2146, 2148 et suivants, quelles sont les formalités requises pour que l'inscription soit régulière. Quant à présent, nous considérons l'inscription en elle-même et comme l'instrument de la publicité.

728. A ce point de vue, et puisqu'elle est l'instrument de la publicité, il faut dire que c'est par elle, et par elle seulement, que l'hypothèque peut se révéler utilement aujourd'hui ; nul autre moyen ne saurait la suppléer, et de quelque manière que l'existence d'une hypothèque parvienne à la connaissance des tiers, cette hypothèque ne leur est pas opposable dès que l'existence n'est pas constatée par une inscription prise sur les registres du conservateur.

Cela étant, il paraît difficile d'admettre la solution consacrée par un arrêt contre lequel pourtant un pourvoi en cassation a été vainement dirigé. Dans l'espèce, un contrat de remplacement avait été formé par acte notarié, moyennant une rente viagère constituée sur hypothèque ; et le lendemain, la sœur du remplaçant reçut, suivant un autre acte notarié, pouvoir de toucher annuellement les arrérages dans l'intérêt de son frère, en faveur duquel la rente était constituée. Les deux actes avaient été passés dans l'étude d'un notaire qui avait pour principal clerc le frère du remplacé, lequel frère ayant participé, en sa qualité de principal clerc, à la rédaction des deux actes, avait eu connaissance parfaite de la constitution d'hypothèque faite au profit du remplaçant. Onze années après environ, les biens hypothéqués furent vendus, et comme aucune inscription n'avait été prise par le remplaçant, il se trouva qu'il était primé par tous les autres créanciers inscrits, et entre autres par le frère

du remplacé, celui-là même qui en sa qualité de principal clerc avait concouru à la rédaction de l'acte de remplacement, et qui, ayant fait à son frère un prêt de 3,000 francs longtemps après l'époque à laquelle remontait cet acte de remplacement, avait pris sans retard inscription pour sûreté de cette somme.—Malgré le défaut d'inscription à son profit, le remplaçant se présenta à l'ordre et demande sa collocation, soutenant d'une part que la créance du frère du remplacé était simulée et frauduleuse, ce qui devait la faire écarter de l'ordre, et d'une autre part, subsidiairement, que le titulaire de cette créance, ayant connaissance de l'existence des droits du remplaçant, ne pouvait profiter de la négligence qui avait été mise par le mandataire de ce dernier à prendre inscription.

C'est dans ces circonstances que la Cour de Caen, sans s'arrêter au moyen de fraude et de simulation, et en déclarant au contraire qu'il se pourrait à la rigueur que les actes ne fussent pas simulés, décida que la participation que le frère du remplacé avait eue à l'acte de remplacement l'obligeait à ne rien faire qui pût paralyser l'effet de l'acte, et lui interdisait dès lors d'accepter pour gage des biens qu'*il savait être hypothéqués* à la créance du remplaçant, et de faire avec le débiteur de cette créance d'autres actes dont le résultat devait être d'anéantir toutes les ressources qui pouvaient garantir l'exécution du premier.

Cette décision, nous l'avons dit, a été vainement déférée à la censure de la Cour suprême ; cette Cour a cru devoir rejeter le pourvoi, non point, à la vérité, par des moyens de droit, mais en se fondant sur ce que l'arrêt attaqué s'était prononcé d'après un concours de faits et de circonstances dont l'appréciation souveraine appartenait aux juges du fond (1) Néanmoins, même à ce point de vue, la solution ne peut être approuvée, et il y a ici encore un cas à ajouter à

(1) Voy. Req., 7 déc. 1831 (S. V., 33, 1, 315 ; Dall., 32, 1, 414 ; *J. Pal.*, à sa date).

ceux dans lesquels la Cour suprême a mal à propos abdiqué le pouvoir qu'elle tient de la loi.

Sans doute, si les juges du fond, s'attachant aux faits de dol et de fraude qui formaient le moyen principal produit devant eux, avaient décidé que les actes étaient dolosifs et frauduleux, et que par ce motif le droit du remplaçant ne pouvait être primé par celui du créancier qui avait commis la fraude, et qui, ayant connu l'existence de ce droit, ne devait pas être admis à exciper du défaut d'inscription, la Cour de cassation aurait bien pu ne voir là qu'une appréciation de circonstances, et, en rejetant, par ce motif, le pourvoi dirigé contre l'arrêt, laisser debout une solution qui n'aurait fait, après tout, que repousser un créancier par l'exception résultant d'un dol constaté à sa charge. Mais telle n'est pas la position que les juges du fond avaient prise. Si d'abord ils avaient semblé mettre en doute la sincérité des actes, ils avaient fini par reconnaître qu'en définitive ces actes pouvaient bien être sincères et sérieux, et, s'arrêtant alors au moyen subsidiaire, ils avaient dit que l'hypothèque consentie en faveur du remplaçant était la première en date; que cette hypothèque, quoique non inscrite, n'était pas cependant ignorée du créancier, qui voulait la faire écarter, puisque celui-ci avait participé à la rédaction du contrat de remplacement par lequel elle avait été constituée, et que, par conséquent, ce dernier était sans droit à demander sa collocation par préférence. Or il y avait là une violation flagrante de la loi, et il appartenait certainement à la Cour suprême de la réprimer.

La violation était flagrante, en effet; car rien, répétons-le, ne peut suppléer l'*inscription* considérée comme moyen de manifester aux yeux des tiers l'existence d'une hypothèque; et c'est méconnaître la pensée même de la loi, détruire son économie, et aller manifestement contre la supposition de l'art. 2134, qu'opposer à un créancier qui excipe du défaut d'inscription la connaissance qu'il aurait eue personnellement de la constitution d'hypothèque. Quand l'inscription

n'a pas été prise, l'hypothèque manque de son élément essentiel, qui est la publicité ; et même pour ceux qui en connaissent l'existence, elle est sans valeur, parce qu'elle est *légalement* ignorée. Il est à regretter que la Cour de Caen ait pu juger le contraire, sans que sa décision, déférée à la Cour suprême, ait été censurée. A notre sens, la Cour de Bruxelles s'est mieux inspirée des principes lorsque, dans une espèce où de deux créanciers hypothécaires l'un avait négligé d'inscrire son hypothèque, elle a refusé d'en reconnaître l'existence au préjudice de l'autre, qui s'était inscrit, bien que celui-ci eût eu connaissance pleine et entière de l'hypothèque conférée au premier par l'avis qu'il en avait reçu du débiteur commun (1). Là est la vérité juridique ; et si l'on songe à tout ce que, en l'absence du signe légal établi pour manifester l'hypothèque, pourrait susciter d'embarras, de discussions, de controverses, le point si incertain de savoir si quelque circonstance particulière s'est produite ou non qui ait fait connaître l'existence de l'hypothèque, on demeure convaincu qu'il n'y a de possible aussi que la solution consacrée par la Cour de Bruxelles.

2086. Le défaut d'enregistrement peut être opposé même à l'encontre des mineurs, des interdits, des femmes sous puissance de mari et de la Couronne.	2086. Want of registration may be invoked against minors, interdicted persons, married women, and the crown.

Conséquence des dispositions du ch. 37, S. R. B. C.

(1) Voy. Bruxelles, 6 juin 1809.—*Junge :* M. Troplong (n. 569).

[ARTICLE 2087.]

2087. L'enregistrement peut être requis par le mineur, l'interdit, ou la femme mariée, eux-mêmes, ou par toute personne quelconque pour eux.

2087. Registration may be demanded by minors, interdicted persons, or married women, themselves, or by any person whatever in their behalf.

---

* *C. N.* 2139. } Pourront les parents, soit du mari, soit de la femme, et les parents du mineur, ou, à défaut de parents. ses amis, requérir lesdites inscriptions ; elles pourront aussi être requises par la femme et par les mineurs.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *ss.* 30-36. } 30. Les hommes mariés, les tuteurs à des mineurs et les curateurs aux personnes interdites, seront tenus de faire enregistrer sans délai soit par sommaire, soit tout au long, les hypothèques dont leurs immeubles sont grevés en faveur de leurs femmes, et en favenr des dits mineurs et personnes interdites, respectivement :

2. Et si un homme marié, tuteur ou curateur néglige de faire cet enregistrement, et qu'en conséquence telle hypothèque devienne et soit postérieure à une hypothèque subséquente enregistrée, ou s'il consent ou permet qu'une hypothèque ou privilége postérieur soit acquis sur ses immeubles, sans déclarer dans l'acte constitutif de telle hypothèque ou privilége postérieur que les dits immeubles sont déjà grevés d'hypothèque, en faveur de telle femme mariée, mineur ou personne interdite, et sans réserve de priorité en faveur des hypothèques mentionnées en dernier lieu, tel homme marié, tuteur ou curateur sera considéré comme coupable d'un délit (*misdemeanor*) et sera aussi passible de tous les dommages et dépens qui en résulteront pour la partie lésée, et sera sujet à exécution contre sa personne et à être emprisonné, jusqu'à ce que les dommages et dépens auxquels il

aura été condamné soient payés et liquidés. 4 V. c. 30, s. 21, —12 V. c. 48, etc.

31. Tout subrogé-tuteur d'un mineur sera tenu de constater si les hypothèques du mineur sur les immeubles de son tuteur ont été enregistrées, soit par sommaire, soit au long, tel que prescrit par cet acte, et si elles ne l'ont pas été, de les faire enregistrer sans délai ; et si le subrogé-tuteur néglige de remplir ce devoir, il sera passible de tous les dommages qui pourront en résulter pour le dit mineur. 4 V. c. 30, s. 22,—12 V. c. 48, s. 1.

32. Si un homme marié, tuteur, curateur ou subrogé-tuteur néglige de faire les enregistrements prescrits dans cet acte, il sera permis à tout parent ou ami de tel homme marié, ou de sa femme ou du dit mineur ou personne interdite, ou à telle femme ou à tel mineur de faire faire les dits enregistrements. 4 V. c. 30, s. 23.

33. Aucune action ne sera intentée ou maintenue par le mari pour aucune cause d'action dérivant de son contrat de mariage, dont l'enregistrement est requis en vertu de cet acte, ou par le tuteur d'un mineur ou curateur d'une personne interdite, qu'après l'enregistrement par sommaire ou tout au long de tel contrat de mariage, ou de la nomination du dit tuteur ou curateur. 4 V. c. 30, s. 24, etc.

34. Si un mineur contracte mariage, les père, mère, tuteur ou gardien du mineur, avec le consentement desquels le mariage est contracté, seront tenus de faire enregistrer les hypothèques établies et créées par le contrat de mariage du mineur, par sommaire, ou par l'enregistrement au long du contrat de mariage, et à défaut de ce faire, ils seront tous et chacun conjointement et solidairement responsables de tous les dommages résultant au mineur à raison de cette omission. 4 V. c. 30, s. 25, etc.

35. Tout juge par qui sera faite la nomination d'un tuteur ou curateur, de l'avis et consentement des parents et amis assemblés pour élire tel tuteur ou curateur, pourra restreindre et limiter l'hypothèque résultant de cette nomination à

une certaine propriété immobilière spécifique du tuteur ou curateur; et dans ce cas, tous les autres immeubles du tuteur ou curateur seront exonérés de telle hypothèque, et le tuteur ou curateur ou subrogé-tuteur sera tenu de faire enregistrer les hypothèques sur la propriété immobilière ainsi spécifiée seulement. 4 V. c. 30, s. 26.

36. Si l'hypothèque résultant de la nomination d'un tuteur à des mineurs, ou d'un curateur à des personnes interdites, n'a pas été restreinte ou limitée comme susdit, et si l'hypothèque légale générale créée par là excède notoirement une garantie suffisante pour la gestion ou administration du tuteur ou curateur, il sera permis au juge revêtu du pouvoir de nommer des tuteurs ou curateurs en tel cas, de l'avis et consentement du subrogé-tuteur et des amis et parents de la personne interdite qui seront assemblés à cette fin, de restreindre et limiter l'hypothèque sur telle propriété immobilière spécifique qui sera de nature à offrir une garantie complète au mineur ou à la personne interdite; et là dessus, après l'enregistrement de l'hypothèque ainsi restreinte, tous les autres immeubles du dit tuteur ou curateur, seront exonérés de toute hypothèque quelconque, à raison de la nomination de tel tuteur ou curateur. 4 V. c. 30, s. 27.

2088. L'enregistrement d'un droit réel ne peut nuire à l'acquéreur d'un héritage qui alors [et avant la mise en force de ce code] en était en possession ouverte et publique à titre de propriétaire, lors même que son titre n'aurait été enregistré que subséquemment.

2088. The registration of a real right cannot prejudice the purchaser of an immoveable who at the time [and before the coming into force of this code] was in open and public possession of it as owner, even though his title be not registered until afterwards.

[ARTICLE 2089.]

* *Sts. R. B. C., ch.* 37 } Mais l'enregistrement de tout titre
s. 5, § 2. } d'une propriété immobilière ou acte constitutif d'aucune charge, hypothèque ou servitude sur une propriété immobilière, subséquent au titre de la partie qui la possèdera ouvertement et publiquement comme propriétaire, n'affectera pas le titre ou les droits de cette partie, quand même le titre de telle partie ne serait enregistré qu'après l'enregistrement du dit titre ou acte subséquent. 7 V. c. 22, s. 9;—8 V. c. 27, s. 7.

2089. La préférence résultant de la priorité d'enregistrement du titre d'acquisition d'un héritage n'a lieu qu'entre acquéreurs qui tiennent leur titre respectif du même auteur.

2089. The preference which results from the prior registration of the deed of conveyance of an immoveable obtains only between purchasers who derive their respective titles from the same person.

---

* *Sts. Ref. B. C.,* } L'enregistrement de tout titre, transport
ch. 37, *s.* 6. } ou testament, en vertu duquel un héritage ou une propriété passe en d'autres mains, n'opérera point au préjudice du donataire ou acquéreur pour valable considération, ou du légataire dont le titre dérive d'un différent donateur, vendeur ou testateur, mais il aura son effet seulement à l'égard des donataires, acquéreurs et personnes dont le titre dérive du même donateur, vendeur ou testateur. 4 V. c. 30, s. 3.

---

* *Troplong, Transcription* } 153. Mais, dans les cas que nous
hypothécaire, n° 153-165. } allons maintenant passer en revue, la loi du 23 mars 1855 se montre avec toute son autorité.

Son principe, comme nous l'avons dit, est qu'à l'égard des tiers, la propriété immobilière ne se déplace qu'au moment de la transcription du contrat. En d'autres termes, si deux tiers prétendent à un même droit ou à des droits incompatibles sur un immeuble, la préférence est à celui qui a devancé l'autre dans l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par la loi.

Deux conditions sont requises pour être admis à cette préférence : la première est d'être un tiers ; la seconde est de s'être conformé à la loi. Un tiers, à notre point de vue, est celui qui a acquis un droit réel sur l'immeuble, soit la propriété, soit une servitude, soit une hypothèque, etc., etc. (1).

154. Y a-t-il à distinguer si l'on a acquis ce droit à titre onéreux ou à titre gratuit ? Un donataire qui est en règle, est-il autorisé à opposer à un acheteur le défaut de transcription ?

Au premier coup d'œil, on est tenté de dire :

Pourquoi ne le pourrait-il pas, puisqu'il est un tiers, et qu'il est légalement investi d'un droit réel qu'on vient lui disputer, sans avoir soi-même réalisé son droit en temps utile ? Il est vrai qu'il dispute un gain, tandis que l'acquéreur dispute pour ne pas perdre ; mais la loi n'a pas fait de distinction ; elle est générale et absolue. On ne peut opposer au donataire la spécialité de la matière des donations, que l'article 11 de notre loi déclare vouloir respecter : notre hypothèse est tout à fait en dehors des prévisions du Code Napoléon, qui n'impose pas la transcription aux acquéreurs, et qui, par conséquent, ne peut prévoir le concours d'un donataire ayant transcrit et d'un acquéreur en faute pour n'avoir pas publié son droit.

Malgré ces raisonnements, nous croyons que le donataire, qui a transcrit, est sans action contre l'acheteur, qui n'a pas encore transcrit. Ceci s'établit, et par les principes du droit civil, et par les règles du Code Napoléon, auxquelles la loi

(1) Art. 1 et 2 de notre loi.

du 23 mars 1855 n'a pas dérogé, en matière de transcription de donation, et par l'esprit même de cette loi, qui a été de favoriser le crédit foncier et de protéger ceux qui ont traité à titre onéreux.

155. Mais d'abord, posons une hypothèse dont la solution doit précéder celle que nous cherchons, parce qu'elle la prépare ; et demandons nous si, d'après la loi du 23 mars 1855, un donataire peut opposer à un donataire antérieur le défaut de transcription.

Lorsqu'avant la promulgation de cette loi nous avons commenté l'article 941 du Code Napoléon, nous nous sommes prononcés pour la négative, non-seulement parce que l'orateur du Tribunat l'a expressément déclaré, mais parce que l'article 1072 s'en explique formellement (1). Cet article décide en propres termes que, lorsqu'une substitution a été faite par donation, les donataires ultérieurs de l'instituant ne sont pas reçus à opposer le défaut de transcription ; et cette disposition, quoiqu'elle soit contenue dans une section spéciale de la matière des donations, découle de vérités si constantes en cette matière, qu'on peut la considérer comme l'expression d'une règle générale, applicable à toutes les donations. Il n'est pas possible d'admettre que les substitutions soient affranchies de la transcription à l'égard des donataires postérieurs, et que les autres donations y soient soumises. On peut recourir, du reste, à ce que nous avons écrit à ce sujet dans le Commentaire précité.

Et comme l'article 11 de notre loi déclare ne pas déroger aux dispositions du Code Napoléon sur la transcription des donations ; comme, par conséquent, l'article 1072 subsiste dans toute sa force, malgré cette loi, ou pour mieux dire avec la volonté de cette loi, il s'ensuit qu'aujourd'hui, comme sous le pur empire du Code Napoléon, les donataires postérieurs ne sont pas reçus à se plaindre du défaut de transcription de la donation antérieure. On continue à suivre ici ces

(1) Mon Comm. des *Donations*, n. 1179 et 2290.

deux règles : 1° *Potior tempore, potior jure ;* 2° Nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même.

On nous dira peut-être que, sous la loi de brumaire an VII, M. Merlin, enseignait qu'il n'était pas douteux que cette loi n'entendît préférer un second donataire, dont le titre aurait été transcrit, à un premier donataire qui n'aurait pas fait revêtir le sien de cette formalité (1). Nous répondrons que M. Merlin avait raison sous la loi de l'an VII, et que nous n'avons pas tort sous la loi du 23 mars 1855 : celle-ci n'a pas, en tout, pris la loi de l'an VII pour son type ; elle en diffère spécialement par son article 11, lequel maintient les dispositions du Code Napoléon sur la transcription des donations, dispositions qui se séparent en des points notables de la loi de l'an VII.

156. Ceci établi, arrivons à l'autre question, que nous avons un moment abandonnée, et demandons-nous si le donataire postérieur pourra opposer le défaut de transcription à un acquéreur antérieur ?

Mais il est évident que, si le donataire est impuissant en face d'un donataire premier en date qui n'a pas transcrit, il est encore plus faible en présence d'un acheteur dont le titre n'a pas été publié ; car entre deux contendants, dont l'un *certat de lucro captando*, tandis que l'autre *certat de damno vitando*, le litige n'est pas difficile à vider en faveur du second.

Ajoutez que l'acheteur aurait toujours l'action paulienne contre le donataire, pour faire tomber une donation faite en fraude de ses droits (2). Quoi ! le vendeur, après avoir engagé sa foi par la vente, après avoir promis garantie, irait donner à un tiers la chose vendue, et l'on ne verrait pas là la fraude caractérisée, qui, sans s'inquiéter de la complicité du donataire, fait crouler la donation entre ses mains ! Que gagnerait donc le donataire à opposer le défaut de transcription ? Vic-

(1) Quest. de droit, v° *Transcription*, § 6, art. 3.

(2) Voy. *suprà* n. 75.

torieux de ce côté, il serait vaincu par l'action paulienne, et ce serait le cas de lui appliquer la règle : " *Quem de evictione* " *tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*"

Evidemment, il ne faut pas qu'un défaut de formes suffise pour décider entre deux personnes dont les situations sont si différentes. Qu'a voulu la loi ? Favoriser les placements sur la propriété, faciliter son mouvement, éclaircir les positions aux yeux des acquéreurs et des prêteurs. Ce serait la détourner de son but que de la faire servir à consolider les donations, au préjudice des ventes antérieures ; ce serait prêter soutien à la fraude du vendeur et corroborer les libéralités qui, aux yeux du droit et de la morale, ont toujours été plus que suspectes (1).

157. Ce que nous venons de dire du donataire s'applique au légataire particulier.

158. Quant au légataire universel, à l'institué contractuel, au donataire universel, ils sont pareils aux héritiers, en ce qui concerne le droit d'invoquer le défaut de transcription. Ils sont tenus de l'obligation de garantie contractée par leur auteur et ne peuvent pas, par conséquent, évincer l'acheteur (2).

159. On a soulevé la question de savoir si celui qui, pendant le cours d'une instance en revendication, achèterait du possesseur l'immeuble litigieux et ferait immédiatement transcrire son contrat, pourrait se prévaloir de cette transcription contre le revendiquant et refuser de se soumettre au jugement qui ultérieurement condamnerait son vendeur (3).

Il faut d'abord se pénétrer d'une vérité : c'est que le jugement n'attribue aucun droit nouveau ; il déclare un droit

(1) Avis de la Cour de Montpellier, t. I des *Documents publiés par M. Martin (du Nord)*, p. 336 ; et avis de la faculté de Dijon, *loc. cit.*, p. 420.—*Contrà*, MM. Rivière et Huguet, n. 177 et suiv.

(2) *Suprà*, n. 73.—Mon Comm. des *Donations*, n. 1176, 1177.

(3). MM. Rivière et Huguet, n. 208 et suiv.

préexistant. Aussi n'a-t-il pas besoin lui-même d'être transcrit ; et ce serait une erreur de croire que la difficulté se résoudra suivant que la vente aura été transcrite avant ou après la transcription du jugement (1).

Il suit de là qu'on ne peut pas, en réalité, élever un conflit entre un jugement et la transcription d'une vente ; il n'y a pas de rapport entre ces deux choses. On peut se demander seulement si le jugement a force de chose jugée contre l'acheteur ; et comme ce n'est pas là une question de translation de propriété, il faut dire que la transcription n'y est pour rien, et que la loi nouvelle y reste étrangère.

Or, d'après les principes consacrés par la loi romaine (2) et le Code Napoléon (3), un jugement a force de chose jugée à l'égard des parties et de leurs ayants cause ; et parmi les ayants cause on doit ranger tous ceux qui ont traité avec une des parties depuis le commencement de l'instance (4). Il s'ensuit que, dans notre espèce, l'acheteur doit reconnaître pour vrai ce qui a été judiciairement décidé avec son vendeur ; de sorte qu'il ne pourrait former tierce opposition que s'il alléguait une collusion entre son auteur et le revendiquant.

160. Ceci posé, il faut nous arrêter à quelques hypothèses, parce que, suivant la diversité des cas, les principes que nous venons de rappeler ne conduisent pas aux mêmes conséquences.

Supposons d'abord que les deux acheteurs ne tiennent pas leur droit du même vendeur. Par exemple : Primus prétend avoir une portion de pâquis dans un pâturage appartenant à Secundus, qui l'a acheté de Victor, mais qui n'a pas fait transcrire. Secundus intente contre Primus un procès en reven-

(1) M. Millet, dans un discours au Corps législatif est tombé dans cette inexactitude. Séance du 15 janvier 1885 ; *infrà*, appendice, p. LXXX.

(2) L. 28, D., *De exceptione rei judicatæ*.

(3) Art. 1351.

(4) Zachariæ, t. V. p. 768.

dication. Dans le cours de cette contestation, Primus vend la portion de pâquis en question à Tertius, qui fait transcrire son titre ; puis le procès aboutit à un jugement qui condamne Primus à délaisser à Secundus l'immeuble contesté. Quelle sera l'influence de cette décision sur Tertius ? Sera-t-il fondé à prétendre qu'ayant transcrit son titre, il doit l'emporter sur Secundus qui n'a pas promulgué le sien ? Nullement.

En effet, Primus, dont il tient son droit, n'était qu'un usurpateur, ou si l'on veut un faux propriétaire sans titre réel et légal. Le jugement l'a ainsi décidé ; et ce jugement, comme nous le disions tout à l'heure, a, contre lui, Tertius, qui a acheté depuis le procès, la même autorité que contre son vendeur. Tertius a beau avoir transcrit, il n'a par lui-même aucun droit ; et du même coup il a été évincé, autant que son auteur, par le revendiquant. Car, même sous la loi du 23 mars 1855, il est toujours vrai de dire, avec le Code Napoléon, que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que les droits et la propriété qu'il a lui-même sur la chose vendue (1). La transcription n'est destiné qu'à faire connaître les droits acquis ; elle ne les constitue pas dans leur origine.

Voici une autre hypothèse :

Pendant que Primus, héritier de Pierre, conteste à Secundus la délivrance de l'immeuble A, qui a été légué à ce dernier, Primus me vend cet immeuble, et je fais transcrire mon contrat. Mais le procès continuant son cours, il est jugé que le legs fait à Secundus était valable. Il n'y a pas de doute que je ne doive renoncer à mon acquisition, bien que j'aie fait transcrire. D'une part, le légataire n'avait aucune formalité à remplir pour promulguer la translation du domaine en sa personne ; de l'autre, il est prouvé que j'ai acquis à *non domino* et qu'aucun droit ne m'a été conféré en réalité.

161. Mais on résoudra dans un sens différent l'hypothèse suivant :

(1) Art. 2182 du Cod. Nap.

[ARTICLE 2089.]

Primus vend à Secundus l'immeuble A, et se réserve l'usufruit. A sa mort, son héritier, ignorant faute de transcription ce qui s'est passé, se met en possession de l'immeuble. Bientôt il est actionné en revendication par Secundus, et néanmoins, pendant le procès, il vend ce même immeuble à Tertius qui fait transcrire. Ici la transcription a une grande importance; et, bien que Secundus gagne en définitive son procès contre Primus, comme il n'a pas fait transcrire son contrat, il ne pourra pas évincer Tertius, qui s'est mis en règle sous le rapport de la publicité. C'est en vain qu'il dira à celui-ci : mon jugement vous est opposable, puisque vous n'avez acheté que depuis le commencement du procès ; j'étais dispensé par cette circonstance de vous mettre en cause, et je n'avais pas de tierce opposition à redouter de votre part ; vous êtes condamné par le jugement qui condamne votre auteur. Tertius lui répondra : sans doute, je dois reconnaître pour vrai, (ainsi qu'il a été jugé), que vous avez acheté du véritable propriétaire l'immeuble que je possède ; vous l'avez revendiqué contre l'héritier de votre vendeur, et la justice vous a donné gain de cause, bien que vous n'ayez pas transcrit : en effet, entre les parties et leurs successeurs universels, la propriété est transférée par le seul consentement. Mais de tous ces faits que résulte-t-il contre moi, qui suis un tiers ? Si j'avais acheté après vous de Primus votre auteur, et que j'eusse transcrit lorsque vous gardiez le silence, qu'auriez-vous à objecter contre mon incontestable préférence ? La loi du 23 mars 1855 n'a-t-elle pas été faite tout exprès pour donner la préférence au second acquéreur qui transcrit, sur le premier qui ne transcrit pas ? Or, au lieu d'avoir acheté de Primus, je tiens mon droit de son héritier, de celui qui représente sa personne ; n'est-ce pas comme si j'avais acheté de lui-même ? Ne dites pas que l'héritier m'a transmis des droits qu'il n'avait pas ; il a fait ce que son auteur pouvait faire à mon égard, depuis la loi du 23 mars 1855. Primus n'était dessaisi quant à vous et à moi, qu'autant que vous auriez transcrit ; par votre faute,

son droit a continué de subsister à l'égard des tiers, et j'en ai profité.

Nous ne voyons pas ce qu'il serait possible de répondre à cette argumentation.

162. Par ce qui précède, on a vu que, lorsque les deux acquisitions procèdent du même auteur, le jugement intervenu sur le débat n'enlève pas à la transcription faite antérieurement ses effets de préférence.

Primus vend à Secundus, qui ne transcrit pas. Primus ne faisant pas la délivrance, Secundus l'actionne en revendication, lui offrant le prix. Pendant le procès, Primus vend à Tertius, qui achète de bonne foi, ignorant ce qui se passe, et qui fait transcrire. Qu'importe contre Tertius le jugement qui interviendra au profit de Secundus? On ne conteste pas que Primus ne fût propriétaire et qu'il n'eût vendu une première fois quand il a revendu à Tertius. Mais Secundus n'ayant pas transcrit et n'ayant pas rompu, à l'égard des tiers, le lien qui unissait Primus à la chose, toute la procédure qu'il a suivie est inutile ; et la transcription règlera le sort des deux acquisitions, bien plus que le jugement, lequel n'est que déclaratif de points reconnus, du reste, et avoués.

163. La seconde condition exigée par l'article 3 de ceux qui veulent se mettre sous son abri, c'est d'avoir conservé le droit par eux acquis sur l'immeuble, en se conformant aux lois. Ainsi, celui qui a fait un contrat de la nature de ceux énumérés dans l'article 1er ou l'article 2 de notre loi, ne peut opposer à un rival le défaut de transcription, que s'il a lui-même transcrit son contrat. De même le créancier hypothécaire doit avoir pris inscription pour argumenter du même moyen contre un adversaire qui tient ses droits de l'auteur commun.

164. Lorsqu'on a acheté un immeuble d'une personne qui, elle-même, n'avait pas fait transcrire son titre d'acquisition, est-on en règle avec la loi, si on se contente de faire revêtir de la transcription le titre dont on est porteur, ou bien n'a-

t-on satisfait à ses dispositions que par la publication de tous les contrats antérieurs qui ne sont pas transcrits?

L'opinion la plus générale est que la transcription du dernier titre est suffisante, et que le dernier sous-acquéreur doit rester maître du terrain, si, au moment où il transcrit, les tiers qui tiennent de l'auteur commun des droits rivaux, n'ont pas pris cette précaution (1).

C'est même en ce sens que la question paraît avoir été résolue au Corps législatif:

" M. Duclos dit que, dans une matière aussi épineuse, on " ne s'étonnera pas qu'après avoir mûrement examiné le " projet, il éprouve le besoin de s'éclairer sur quelques points " douteux; il désirerait particulièrement que M. le rappor- " teur s'expliquât sur la question très-controversée de savoir " si la transcription du dernier contrat de vente suffirait " pour opérer la purge au profit de l'acquéreur, relativement " aux précédents propriétaires dont les noms seraient men- " tionnés dans le contrat.

" M. Adolphe de Belleyme, rapporteur, fait remarquer que " la question posée par l'honorable M. Duclos, et qui par- " tage les cours souveraines, est une question de jurispru- " dence et de régime hypothécaire; la loi actuelle n'a donc " pas pour objet de la résoudre; et, pour que cette loi soit " bien comprise, il suffit des explications générales qui ont " été données au nom du Gouvernement.

" M. Allart répond à la question qui vient d'être posée, " celle de savoir si, lorsqu'un contrat contient les noms de " précédents vendeurs, la transcription faite par un dernier " acquéreur a son effet relativement à ces anciens proprié- " taires. Cette question lui paraît résolue par la loi nouvelle, " qui dit clairement que la transcription opère la purge à " l'égard de tous ceux qui n'ont pas fait inscrire antérieure- " ment leurs droits (2)."

(1) MM. Rivière et Huguet, n. 212.—M. Bressolles, n. 46.

(2) Séance du 15 janvier 1855; *infrà*, appendice, p. XCI et XCII.

Néanmoins, cette solution ne paraît pas être universellement adoptée. Elle est combattue par M. Ducruet, président de la Chambre des notaires de Lyon (1). M. Ducruet dit que les acquéreurs intermédiaires, qui n'ont pas transcrit, n'ont eu qu'un droit relatif sur la chose ; qu'ils n'ont pas dessaisi le vendeur originaire, lequel a pu dès lors conférer des droits à des tiers ; que la transcription du dernier contrat ne saurait avoir d'influence sur la situation du premier vendeur ; que si cette transcription porte sur le même immeuble, elle ne porte pas sur les mêmes parties, et qu'au bureau des hypothèques, il n'y a de tables que pour les parties et qu'il n'en existe pas pour les immeubles.

2090. L'enregistrement d'un titre d'acquisition de droits réels dans ou sur les biens immobiliers d'une personne fait dans les trente jours qui précèdent sa faillite est sans effet ; sauf les cas où le délai accordé par la loi pour effectuer l'enregistrement de tel titre, tel que porté dans le chapitre qui suit, n'est pas encore expiré.

2090. The registration of a title conferring real rights in or upon the immoveable property of a person, made within the thirty days previous to his bankruptcy, is without effect ; saving the case in which the delay given for the registration of such title, as mentioned in the following chapter, has not yet expired.

---

* *C. N.* 2146. } Les inscriptions se font au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilége ou à l'hypothèque. Elles ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls.

(1) *Etudes sur la transcription*, p. 15, n. XIV.

Il en est de même entre les créanciers d'une succession, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 7. } L'enregistrement des hypothèques, et des droits et réclamations hypothécaires, fait dans les dix jours qni précèderont la banqueroute du débiteur, ne donnera aucun droit de priorité au créancier qui aura enregistré sa créance, sur les autres créanciers, et ne produira aucun effet quelconque. 4 V. c. 30, s. 18.

---

12 *Revue Légale*, *p.* 218, *Grothé et Stewart et Bruneau.* } JUGÉ : — Que celui qui a obtenu du failli longtemps avant la faillite, un bon titre à un immeuble, mais qui n'a pas fait enregistrer son titre avant la faillite, peut cependant empêcher la vente du dit immeuble par le syndic, et obtenir distraction de cet immeuble.

---

* 2 *Troplong*, *Priv. et Hyp.. sur art.* 2146 *C. N.*, *n°* 650. } Une déclaration du mois de novembre 1702 portait " que " toutes cessions et transports sur les biens des marchands " qui font faillite seraient nuls et de nulle valeur, s'ils n'é- " taient faits dix jours au moins avant la faillite *publique- " ment connue ;* comme aussi que *les actes et obligations qu'ils " passeraient devant notaires*, au profit de quelques-uns de " leurs créanciers, ou pour contracter de nouvelles dettes, " ensemble les *sentences* qui seraient rendues contre eux " n'acquerrait *aucune hypothèque ni préférence* sur les créan- " ciers chirographaires, si lesdits actes et obligations n'étaient " passés, et lesdites sentences n'étaient rendues pareillement " dix jours au moins avant la faillite *publiquement con- " nue* (1)."

(1) Dalloz, v° *Faillite*, p. 66, col. 2 ; *Répert.*, v° *Faillite*, p. 65, et *Hyp.*, p. 793.

En pesant bien les termes de cette déclaration, on voit qu'elle n'a entendu proscrire que les hypothèques *conventionnelles* ou *judiciaires*, constituées dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite. Elle ne peut s'étendre en effet ni aux *hypothèques légales* des mineurs et des femmes, puisque ces hypothèques résultent du fait de la loi, et non pas *de sentences* ou d'actes *passés devant notaires* (1) ; ni aux *priviléges*, puisque c'est aussi la loi qui les concède sans le fait des parties, et qu'ils s'attachent aux transactions faites sous *seing privé* aussi bien qu'aux actes faits par *acte notarié* (2).

La loi de brumaire an VII était entrée dans ce système, si ce n'est que, par suite d'une susceptibilité trop jalouse peut-être, elle avait défendu aux hypothèques, même à celles qui existaient avant les dix jours de la faillite, de se compléter dans ce délai par l'inscription. C'était aller un peu plus loin que la sage declaration de 1702 ; mais du moins, en ce qui concerne les priviléges, le système était maintenu (3). Tel était l'état des choses lors de la promulgation de l'art. 2146 ; a-t-il voulu y apporter des modifications ?

Je suis convaincu que tel n'a pas été l'intention de ceux qui l'ont rédigé. Mais ils se sont servis d'expressions qui dépassent leur pensée, et qui, malgré eux peut-être, ont altéré l'état de l'ancienne législation.

Que dit en effet notre article ? Que les inscriptions prises dans les dix jours de la faillite sont sans efficacité, et il applique cela non-seulement aux hypothèques, mais encore aux priviléges sujets à inscription.

Ainsi le privilége du vendeur, le privilége du copartageant, le privilége de l'architecte, bien qu'existant avant les dix

(1) Le mariage (*suprà*, n. 513) ou la gestion de la tutelle (*suprà*, n. 429) y donnent lieu.

(2) Il faut excepter le privilége du gagiste que la loi ne concède pas sans le fait des parties, et qui ne résulte, au contraire, que de leur volonté formellement exprimée dans un acte public, ou dans un acte sous seing privé enregistré.

(3) Arg. des art. 5, 26, 29.

jours de la faillite, ne pourront être inscrits dans ces dix jours, et par là ils se trouveront paralysés.

Il y aurait quelque chose de hardi à dire sur ce texte de l'article 2146 : ce serait de soutenir que le législateur est tombé dans la même confusion que dans l'article 2136, où nous l'avons vu accoler ensemble les mots de *privilége* et d'hypothèque, et appliquer avec une grande légèreté aux priviléges, ce qui n'est possible que pour les hypothèques conventionnelles (1). Ce qu'il a fait dans l'article 2136, pourquoi ne l'aurait-il pas fait dans l'article 2146, et dans combien d'autres circonstances ne l'avons-nous pas vu se servir de mots qui ont trompé sa pensée, et que l'interprétation a dû nécessairement corriger afin de rentrer dans le vrai ? N'a-t-il pas dit, par exemple, dans l'article 2106, que les priviléges ne produisent d'effet qu'*à compter de la date de leur inscription ?* ce qui est un contre-sens si évident, qu'il n'est personne qui, aujourd'hui, considère ces mots comme ayant quelque valeur (2).

On se fortifie d'autant plus dans cet esprit d'indépendance contre le texte de notre article, qu'on ne voit pas de motifs plausibles pour étendre aux priviléges une disposition que la législation antérieure avait restreinte avec raison aux hypothèques conventionnelles et judiciaires.

En effet, l'inscription donne à l'hypothèque un rang qu'elle n'avait pas encore. Elle crée pour l'hypothèque un droit nouveau ; au contraire, en matière de privilége, l'inscription ne fixe pas les rangs, elle ne fait que *conserver* le droit à la préférence. Or, comme le disait Merlin sur une autre question, la faillite ne devait pas empêcher de *conserver* des droits *acquis*, et l'on ne doit pas argumenter d'un droit à *acquérir* à un droit à *conserver* (3).

Il y a plus : la loi ne défend pas au failli de faire dans les

(1) *Suprà*, n. 633 2°.

(2) *Suprà*, n. 266 2°.

(3) *Quest. de droit*, v° *Inscript. hypoth.*, p. 613, col. 2.

dix jours qui ont précédé sa faillite, des traités et des actes de bonne foi : il peut vendre, acheter, procéder à un partage s'il n'y a pas fraude (1). Conçoit-on, dès lors, que la vente qu'on lui fait de bonne foi soit reconnue valable, et qu'elle ne produise pas en même temps le privilége que la loi attache de plein droit et sans stipulation à toute vente dont le prix n'a pas été payé ? le conçoit-on surtout, lorsqu'on sait que le vendeur peut reprendre sa chose en faisant prononcer la résolution de la vente ?

Des raisons à peu près semblables militent en faveur du copartageant, de l'architecte, etc. Soixante jours sont donnés au copartageant pour s'inscrire ; et tandis qu'il se repose sur cette promesse de la loi, voilà que la faillite de son débiteur suffit pour rendre son privilége inutile ; mais la faillite ne peut faire que l'immeuble ne soit entré dans le patrimoine du failli avec la charge des soultes ou garanties ; elle ne peut empêcher que l'architecte n'ait amélioré la condition du failli, et qu'il n'ait fait par conséquent l'affaire de tous les créanciers.

Adopter l'article 2146 dans ce qu'il a de relatif aux priviléges, n'est-ce pas violer la règle que " *nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ?* "

Aussi presque tous les auteurs ont-ils pensé que l'article 2146 devrait être restreint aux hypothèques, et qu'il ne devait pas être étendu aux priviléges (2). C'est aussi ce qu'a jugé la cour de Paris par arrêt du 20 mai 1809. (Dalloz, *Hyp.*, p. 105, note 2.)

(1) Art. 444 du code de commerce.

(2) Tarrible, *Inscript. hypoth.*, *Répert.*, p. 220, n. 10 ; Persil, *Rég. hyp.*, art. 2146, n. 3. Grenier explique notre article en disant qu'il ne s'applique qu'aux priviléges dégénérés en hypothèque. Pardessus, t. IV, p. 287 et suiv.

Add. Grenier, n. 125, établit comme base de son opinion la distinction suivante :

" Relativement aux priviléges soumis à la formalité de l'inscription, il faut distinguer : ou au moment de l'ouverture de la faillite ou de

l'ouverture de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou qui est devenue vacante, le créancier était encore dans le délai qui lui était accordé pour prendre son inscription, ou ce délai était expiré. Au premier cas, il est sans difficulté que le créancier peut exercer son privilége à la date à laquelle il remonte d'après la loi, parce que jusqu'à l'expiration du délai dans lequel l'inscription pouvait être faite, le privilége a subsisté tel que la loi l'avait créé. (Op. conf. de Carrier, n. 223.) Au second cas, le privilége n'a pu être conservé en remontant à la date du fait auquel la loi l'a appliquée ; il ne peut prendre rang que comme hypothèque du jour de l'inscription. La raison en est qu'aux termes de l'art. 2113, l'expiration du délai, sans inscription prise, a fait dégénérer le privilége en simple hypothèque sur la chose sur laquelle le privilége frappait. L'inscription n'a pu alors avoir pour objet qu'une hypothèque ; et cette hypothèque rentre dans les principes relatifs à toutes les hypothèques en général, pour le cas de l'ouverture de la faillite, et pour celui de l'ouverture de la succession qui est ensuite acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou qui devient vacante. L'hypothèque continue bien d'être légale en ce sens qu'elle existe comme auparavant, sans stipulation et sans jugement de condamnation, mais sous le rapport des droits qui y sont attachés, cette hypothèque est assujettie au droit commun.

" En suivant les distinctions que je viens de faire, l'inscription, pour les priviléges établis par les articles 2109 et 2111 du code civil, qui n'aurait pas été faite dans le délai fixé par la loi, et qui ne le serait qu'aux époques dont il s'agit, aurait le sort de toutes autres inscriptions d'hypothèques ordinaires faites aux mêmes époques."

Cet auteur dit un peu plus loin : " On sait qu'il n'y a point non plus de déchéance par le défaut d'inscription contre le privilége du vendeur et du prêteur, qui est établi par l'art. 2108, puisqu'il n'y a point de délai fixé pour l'inscription."

Tarrible, n. 148, est du même avis, par la considération qu'aucun délai n'est fixé à l'inscription du vendeur. Même opinion par Persil, *Rég. hyp.*, art. 2146, n. 5.

Quant au privilége du vendeur, Persil, n. 4, va plus loin lorsqu'il dit : " Et, par exemple, comment supposer que celui qui, dans les dix jours qui précèdent la faillite, a vendu son immeuble au failli, ou qui, en lui prêtant les fonds, s'est légalement fait subroger dans les droits du vendeur, n'aura pas de privilége ? Il est de règle constante que dans ce cas le vendeur et le bailleur de fonds, qui est toujours sur le même rang, ne sont dépouillés que par le payement ; que ce n'est qu'en acquittant le prix de la vente, soit au vendeur lui-même, soit à celui qui lui est

subrogé, que les créanciers personnels peuvent acquérir des droits sur l'immeuble. Jusque-là l'acquéreur n'est propriétaire que sous la condition de payer l'universalité du prix."

Et il ajoute, n. 6 : "Les mêmes principes s'appliquent aux cohéritiers, aux créanciers et légataires de la succession, ainsi qu'au privilége du trésor public sur les immeubles des comptables. Peu importe, en effet, que le partage soit fait dans les dix jours qui précèdent la faillite, que les cohéritiers et les légataires n'aient fait faire leur inscription que depuis la faillite, que le comptable n'ait été nommé que dans les dix jours qui la précèdent. Dans tous ces cas, les cohéritiers conservent leur privilége sur chaque lot, les créanciers et les légataires sur les biens de la succession, et le trésor sur les biens acquis depuis la nomination du comptable : parce que la faillite ne peut pas faire que l'immeuble échu en partage au failli ne lui soit arrivé que sous la condition des soultes ou des garanties ; que les créanciers et les légataires n'aient un droit exclusif sur les biens de la succession, et préférable à celui des créanciers personnels ; et enfin que l'immeuble acquis par le comptable ne soit censé acheté avec les deniers du trésor. Dans tous ces cas, le privilége doit continuer d'exister, malgré l'état de faillite du débiteur."

Carrier, n. 223, dit : "L'inscription du vendeur prise longtemps après la faillite est bonne, parce qu'elle remonte au jour de la vente, à quelque époque qu'elle soit prise."

Après avoir parlé des priviléges sur les immeubles, du vendeur, prêteur de deniers, copartageants et architectes, Zachariæ, § 272, ajoute : "Les différents priviléges qui viennent d'être énumérés existent, comme les priviléges sur les meubles, même au cas où les créances auxquelles ils sont attachés ont pris naissance dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite du débiteur."

On peut ajouter que les priviléges dont il s'agit forment en quelque sorte la condition sous laquelle les immeubles qui en sont grevés entrent dans le patrimoine du débiteur, et que l'art. 443 du code de commerce, sainement entendu, ne s'applique qu'aux sûretés accordées pendant le terme de la prohibition, sur des biens dont le commerçant se trouvait déjà propriétaire. (Pardessus, *Cours de droit commercial.*)

Op. conf. de Panier, p. 211, quant au privilége du vendeur, parce que la créance qui en fait l'objet ne peut être suspecte. Quant aux autres, ils conservent le droit d'inscrire dans le délai qui leur est accordé aux art. 2109 et suiv.

C'est en partant toujours de la distinction faite par Tarrible, que Persil, *Rég. hyp.*, art 2146, n. 7, émet l'opinion suivante : "Mais quant à l'hypothèque que la loi du 5 septembre accorde au trésor sur les

immeubles appartenant au comptable lors de sa nomination, il est évident qu'elle ne peut avoir d'efficacité qu'autant qu'elle est inscrite avant les dix jours qui précèdent la faillite. Comme c'est là une simple hypothèque sur les biens propres du comptable, biens que ses autres créanciers ont dû regarder comme leur gage, il est clair qu'elle doit être régie par les principes ordinaires. Il faudrait même en dire autant du privilége que la seconde loi du 5 septembre accorde au trésor pour les frais de justice ; car nous ferons remarquer ci-après, qu'aux termes des ordonnances, les jugements rendus dans les dix jours qui précèdent la faillite ne produisent ni hypothèque ni privilége. Mais si le jugement de condamnation était antérieur de plus de dix jours à la faillite, je ne fais pas de doute que l'inscription ne pût être utilement prise. Dès l'instant que la loi accorde un délai de deux mois pour rendre public le privilége, qu'elle s'inquiète peu de l'époque où l'inscription a été prise pour régler le rang de son privilége, il est raisonnable de regarder comme indifférente la circonstance que c'est dans les dix jours qui précèdent la faillite du condamné que le privilége a été rendu public."

Ce dernier motif de l'opinion de Persil est approuvé par Battur, t. III, n. 412, où il s'exprime ainsi : "On ne doit point comprendre, dans le cas où l'inscription ne peut plus être prise utilement, celui de l'art. 2109 du code, qui porte que, durant les soixante jours accordés au copartageant pour inscrire le privilége de la soulte sur l'immeuble qui doit la fournir, nulle hypothèque ne peut avoir lieu sur le même immeuble ; ni la disposition de l'art. 2111, qui dit que pendant les six mois accordés aux créanciers et légataires d'une succession, pour inscrire le privilége de la séparation du patrimoine, nulle hypothèque ne peut être établie avec effet sur les biens de la succession par les héritiers ou représentants au préjudice des créanciers ou légataires ; ni enfin la disposition de la loi du 5 septembre 1807, portant que, lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de cette obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut de payement de l'obligation, après son échéance ou son existence, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire.

" Dans ces cas, en effet, la faculté de l'inscription est plutôt suspendue qu'elle n'est anéantie, puisque rien n'empêche que le créancier hypothécaire n'inscrive son hypothèque après les intervalles indiqués."

Op. conf. de Delamontre : " Quand le privilégié est toujours dans le délai de s'inscrire." Zachariæ, § 272.

Après avoir rappelé l'esprit de l'art. 2146, Delamontre, p. 130, ajoute : " Il demeure donc constant que l'idée du législateur n'a pas été de nuire

Mais comme je le disais en commençant, cette opinion est hardie, et je ne m'étonne pas que la jurisprudence n'ait pas osé l'adopter. La cour de cassation s'est constamment prononcée contre elle (1), et les cours royales (2) ont suivi cette direction, et imité cette réserve.

Moi-même, qui reconnais tous les inconvénients de l'article 2146, toutes les fois que j'ai eu à traiter cette question

aux droits acquis, mais de detruire ceux qu'on voudrait acquérir. Ayant fait ressortir cette idée principale et première, nous disons que les priviléges et hypothèques dont nous parlons reposent sur des droits acquis, qu'à leur égard il y a lieu d'appliquer l'axiome *non ex tempore sed ex causa æstimantur*, que le temps qui effectivement sert de règle à l'application du principe qui dérive des articles 2146 du code civil et 443 du code de commerce, le temps, disons-nous, n'influe en rien sur ces droits lorsqu'ils sont inscrits dans les termes et délais qui leur sont respectivement prescrits. Nous convenons qu'on pourrait être d'abord porté à croire qu'il y a eu omission de la part du législateur, s'il n'a pas explicitement motivé une exemption en leur faveur.

" Nous ajoutons : Y avait-il nécessité absolue de motiver cette exception ? Nous ne le pensons pas. En effet, il faut remarquer que les art. 2146 et 443 précités sont de droit commun, et que tous ceux qui concédent les priviléges et hypothèques légales sont de droit exceptionnel. Le droit exceptionnel ne doit céder au droit commun que là où il se trouve formellement abrogé. Ainsi la faveur exceptionnelle, accordée aux hypothèques légales existant indépendamment d'inscriptions, et aux priviléges sur les immeubles, cette faveur se trouvant restreinte, les créanciers qui en jouissent ne peuvent plus l'exercer vis-à-vis du tiers détenteur, lorsqu'ils n'ont point fait inscrire leurs titres dans les termes et délais voulus par les art. 2166, 2181, 2194 du code civil et 834 du code de procédure ; mais aussi ces articles sont-ils formels et ne laissent-ils aucun doute. Ils ont pour objet de purger les propriétés acquises par les tiers détenteurs des priviléges et hypothèques de toute nature qui peuvent les grever, et ces articles du reste, n'ont d'effet qu'en faveur de ces derniers."

(1) 16 juillet 1818 (Dalloz, *Hyp.*, p. 245) ; 12 juillet 1824, arrêt portant cassation (Dalloz, *Hyp.*, p. 105, 106.)

(2) Toulouse, 2 mars 1826 (Dalloz, XXVI, 2, 186).

Add. Op. conf. de Mazerat sur Demante, n. 1015.

Jurisprudence belge.—Le privilége du vendeur ne produit pas son effet,

comme magistrat, je l'ai fait dans le sens que la cour de cassation a fait prévaloir, parce que les hardiesses de l'interprétation théorique, quelquefois utiles dans les livres, ont des dangers dans la pratique des affaires qui occupent la conscience du juge.

Ainsi donc, la jurisprudence s'accorde à reconnaître que le vendeur ne peut faire inscrire son privilége dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. Peu importent les lois antérieures et les avertissements qu'on peut en tirer! L'article 2146 est là avec son texte qui tue l'esprit.

Ce que la jurisprudence a décidé dans le cas d'une inscription prise par un vendeur dans les dix jours de la faillite, il

lorsqu'il n'a été rendu public qu'après la faillite de l'acquéreur. Bruxelles, 5 mai 1821 (*Jur. de B.*, 1823, 2, 325).

Depuis la publication, en Belgique, de la loi des 28-29 décembre 1790, les rentes foncières ont totalement changé de nature et ne peuvent plus être considérées que comme constituant des créances mobilières au profit du vendeur, susceptibles d'êtres hypothéquées par privilége sur le bien vendu, mais à charge de se conformer, à cet effet, aux formalités de l'inscription, de la manière et dans les délais voulus par les lois nouvelles.

Le créancier de la rente, déchu de son droit d'hypothèque, à défaut d'avoir rempli les formalités que la loi lui imposait, est non fondé à prétendre que l'acquéreur postérieur du bien, pour prix duquel la rente avait été constituée, devait les remplir en son lieu et place, et est responsable envers lui du défaut de leur accomplissement. Il ne peut faire résulter une collusion ayant pour objet de le priver de son droit d'hypothèque, du seul fait que dans les actes de vente du même bien, faits postérieurement, l'on ne trouverait aucune mention de la rente.

L'acquéreur postérieur, qui a hypothéqué le bien en l'absence de toute inscription de la part du créancier primitif de la rente foncière, ne se rend pas coupable de stellionat par le seul fait qui ne mentionne pas cette rente. Bruxelles, 15 février 1832 (*Jur. de B.*, 1832, 1, 223; *Jur. du* XIXe *siècle*, 1832, 3, 147).

Les lois qui ont réduit les rentes foncières, quelle que soit l'époque de leur création, au rang de simples créances, ont imposé à l'Etat comme à tout autre créancier l'obligation de prendre une inscription hypothécaire, pour pouvoir exercer son action sur les immeubles affectés à leur payement. Paris, 24 mars 1829 (*Jur. de B.*, 1829, 2, 395).

faudra le décider dans le cas où le vendeur aurait conservé son privilége, non par une inscription, mais par une transcription faite dans les dix jours de la faillite. La transcription vaut inscription (1); elle vaudrait davantage si elle produisait des effets que l'inscription ne peut pas produire (2).

2091. Il en est de même de l'enregistrement effectué après la saisie de l'immeuble, lorsque cette saisie est suivie d'expropriation judiciaire.

2091. The same rule applies to the registration effected after the seizure of an immoveable, when such seizure is followed by judicial expropriation.

Voy. autorités sur art. 2090.

2092. L'enregistrement des droits réels doit être fait au bureau de la circonscription dans laquelle se trouve en tout ou en partie l'immeuble affecté.

2092. The registration of real rights must be made at the registry office for the division in which the immoveable affected is either wholly or partly situated.

(1) *Suprà*, n. 277 et 282.

(2) Add. Battur, n. 414, n'étend pas l'art. 2146 aux priviléges sur les immeubles, par le motif qu'il n'y a pas de fraude à redouter. Au n. 420, il enseigne encore que les dispositions de l'art 2146 ne s'appliquent ni au privilége du vendeur, ni à celui du co-héritier ou copartageant, ni à celui des créanciers et légataires.

Jurisprudence.—La transcription faite après la faillite de l'acheteur ne conserve pas le privilége du vendeur au préjudice des créanciers inscrits antérieurement. Bruxelles, cass., 26 juin 1824. *Jur., de B.*, 1824, 1, 51).

—Est nulle l'inscription prise par le vendeur pour la conservation de son privilége, si, au moment de cette inscription, l'acquéreur était tombé en faillite. 12 juillet 1824. Civ. c. Vallée (Dal. A. IX, 105; Dal. P. II, 430; Dal. A., XVII, 117); Grenoble, 8 février 1810; Paris, 13 décembre 1814; cass., 16 juillet 1818.

Voy. *C. N.* 2146, sur art. 2090 et *Sts. Ref.*, ch. 37, s. 14, cités sur art. 2140.

2093. L'enregistrement a effet en faveur de toutes les parties dont les droits sont mentionnés dans le document présenté.

2093. Registration avails in favor of all parties whose rights are mentioned in the document presented for that purpose.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 4. } L'enregistrement de tout document, instrument par écrit, acte ou chose, vaudra et aura l'effet de conserver les droits de toutes les parties y intéressées. 7 V. c. 22, s. 6,—8 V. c. 27, s. 1.

2094. Les créances privilégiées non enregistrées ont leur effet à l'égard des autres créances non enregistrées, suivant leur rang ou leur date et sont préférées aux simples créances chirographaires; sauf les exceptions contenues aux articles 2090 et 2091.

2094. Privileged claims not registered take effect, as regards other unregistered claims, according to their rank or their date, and are preferred to simple chirographic claims; saving the exceptions contained in articles 2090 and 2091.

---

* *C. N.* 2113. } Toutes créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilége n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires; mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui auront dû être faites, ainsi qu'il sera ci-après expliqué.

[ARTICLE 2094.]

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 27, § 4. } Les dettes privilégiées ci-dessus mentionnées qui n'auront pas été enregistrées dans le temps limité comme susdit, conserveront néanmoins leur caractère hypothécaire à l'égard des tierces personnes, à compter du jour où elles auront été enregistrées. 4 V. c. 30, s. 32.

---

* 11 *Pont, Privil., n*° 729 *et s.* } 729. Ainsi l'hypothèque ne peut recevoir son efficacité *vis-à-vis des tiers* que de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. Il faut conclure de là que tous les créanciers indistinctement, même les créanciers chirographaires, peuvent opposer le défaut d'inscription. Ceci pourtant semble avoir fait difficulté. On n'a jamais contesté, sans doute, aux créanciers hypothécaires le droit de repousser de l'ordre un autre créancier, hypothécaire comme eux, mais dont l'hypothèque n'aurait pas été inscrite ou aurait été inscrite irrégulièrement. Mais ce qui, à l'origine de notre nouveau régime hypothécaire, paraît avoir été contesté, c'est le droit des créanciers chirographaires à exciper du défaut ou de la nullité d'une inscription hypothécaire et à s'en prévaloir pour prétendre que le créancier dont l'hypothèque est ainsi destituée des conditions nécessaires à son efficacité est réduit, comme eux-mêmes, à n'avoir sur les biens du débiteur commun que le droit de gage général résultant des art. 2092 et 2093. On soutenait que l'hypothèque étant absolument indépendante de l'inscription quant à son existence, il devait s'en induire que le créancier hypothécaire a nécessairement, nonobstant l'absence de toute inscription, un avantage sur des créanciers simplement chirographaires; que si l'inscription peut avoir de l'utilité, c'est seulement au point de vue du droit de préférence et pour la fixation d'un rang entre les créanciers hypothécaires; mais que les chirographaires n'ayant ni préférence ni rang à réclamer en vertu de l'inscription, ils doivent céder le pas à celui qui, vis-à-vis d'eux du moins,

puise son droit et son avantage dans le seul fait de l'existence d'une hypothéque à son profit.

Toutefois cette théorie a été bientôt abandonnée; et, en effet, elle ne pouvait pas se soutenir. Que l'hypothèque ne soit pas dans l'inscription, et qu'elle soit, quant à son existence, absolument indépendante de l'inscription, c'est de toute évidence, et nous allons revenir tout à l'heure là-dessus en nous occupant des effets de l'inscription. Mais il n'en est pas moins vrai que, dans le système de la loi, il n'y a d'hypothèque, *vis-à-vis des tiers*, que celles qui sont inscrites sur les registres du conservateur, sauf l'exception relative à certaines hypothèques légales. C'est donc de l'inscription, encore une fois, que l'hypothèque tire son efficacité à l'égard des tiers; et dès lors tous les tiers, quels qu'ils soient, chirographaires aussi bien que tous autres, peuvent opposer le défaut d'inscription. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu à diverses reprises, en des termes tels que toute controverse a désormais cessé (1). D'après l'art. 2092, a-t-elle dit, quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur ses biens meubles et immeubles; et, suivant l'art. 2093, les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait des causes légitimes de préférence, c'est-à-dire des priviléges ou des hypothèques. Mais ces causes ne deviennent légitimes que lorsque le créancier qui veut s'en prévaloir a observé la formalité prescrite pour rendre son hypothèque ou son privilége efficace à l'égard des tiers. Or la loi ne dit nulle part que l'inobservation de cette formalité, qui est l'inscription, ou la nullité qui aurait été commise en l'accomplissant, ne doit profiter qu'aux créanciers hypothécaires du débiteur. Loin de là: cette formalité tend à la publicité, qui est la base fondamentale de notre

(1) Voy. Req., 19 déc. 1809; Réj., 11 juin 1817.—*Junge :* Pau, 23 juin 1816.—Voy. aussi MM. Tarrible (*Rép.*, v° inscript. hyp., § 2); Grenier (t. 1, n° 60); Persil (art. 2134, n° 1); Dalloz (p. 223, n° 2); Troplong (n° 568); Martou (n° 1028).

régime hypothécaire ; et comme l'objet de cette publicité est d'avertir tous ceux qui peuvent y avoir intérêt que le gage est absorbé déjà en tout ou en partie, il faut conclure que, dans le cas de non-inscription ou d'inscription nulle de la part des créanciers privilégiés ou hypothécaires, l'on rentre de droit dans la disposition des art. 2092 et 2093, et que tous les créanciers du débiteur commun, sans distinction entre les chirographaires et les hypothécaires qui ont omis la formalité prescrite, doivent venir par contribution sur le prix provenu de la vente. Telle est la règle ; et nul ne la conteste plus aujourd'hui.

730. Mais ajoutons que si l'absence ou la nullité de l'inscription peut être opposée au créancier hypothécaire par tous les tiers quels qu'ils soient, elle ne saurait lui être opposée également par le débiteur de qui émane la constitution d'hypothèque. Ce n'est pas pour celui-ci ni dans son intérêt que la publicité est instituée. Dans quelques cas particuliers, nous avons admis le débiteur lui-même à exciper des nullités du contrat à l'encontre du créancier : c'est lorsque l'hypothèque étant consentie contre les prescriptions formelles ou les prohibitions expresses de la loi, la nullité affecte la convention même, l'atteint dans sa substance, et la réduit à n'être pas : l'hypothèque de la chose d'autrui nous a fourni un exemple de ces nullités essentielles dont peuvent se prévaloir, sans exception ni réserve, tous ceux auxquels la convention est opposée (voy. *suprà*, n° 630). Mais lorsque l'hypothèque est régulièrement consentie, lorsqu'elle est valable en elle-même, quand elle a une existence qui ne peut être contestée *en droit*, nous ne saurions admettre que celui qui l'a conférée puisse exciper de ce que le droit hypothécaire, complet en lui-même, manque de la condition extrinsèque qui seule peut lui donner son efficacité vis-à-vis des tiers. Il n'appartient pas au débiteur d'exciper de l'inaccomplissement de cette condition, qui n'est pas faite pour lui, qui ne l'intéresse pas précisément ; et s'il tentait de s'en prévaloir, c'est alors qu'en toute raison on lui opposerait le principe que

celui qui doit garantir ne peut évincer. La Cour de cassation est entrée pleinement dans ces idées en décidant que le propriétaire d'un immeuble qui, après l'avoir vendu, le fait hypothéquer par son acquéreur, ne peut, à raison de cette hypothèque, exercer aucun droit à l'encontre des créanciers qui avaient pris des inscriptions contre lui pendant qu'il était investi de la propriété ; et spécialement, qu'il ne peut se prévaloir du non-renouvellement décennal de l'une de ces inscriptions, pour en faire résulter la priorité de sa propre hypothèque (1).

Sans insister davantage sur ces observations, qui expliquent suffisamment comment l'*inscription* est aujourd'hui l'instrument nécessaire de la publicité, et permettent de reconnaître quels sont ceux auxquels il appartient de se prévaloir du défaut d'inscription, nous passons aux effets de l'inscription régulièrement prise.

731. A cet égard, il faut se rapporter encore à l'édit de 1673. L'art. 21 de cet édit disait que "les créanciers dont les oppositions auront été enregistrées seront préférés, sur les immeubles sur lesquels ils auront formé leurs oppositions, à tous autres créanciers non opposants, quoique antérieurs et privilégiés." L'art. 2134 dit également, et dans le même esprit, "qu'*entre créanciers*, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'*a de rang que du jour de l'inscription* prise par le créancier sur les registres du conservateur..."

Ainsi, l'inscription ne fait pas l'hypothèque ; elle en est absolument indépendante. L'hypothèque, comme le dit M. Grenier (2), est dans l'hypothèque même ; elle *existe*, soit par la stipulation lorsqu'elle est conventionnelle, soit par la loi ou en vertu des jugements ou des actes judiciaires lorsqu'elle est légale ou judiciaire. Mais elle est comme si elle n'existait pas, au moins vis-à-vis des tiers, tant qu'elle n'a pas

(1) Req., 24 juillet 1855 (Dall., 55, 1, 396 ; *J. Pal.*, 1857, p. 474).

(2) Voy. M. Grenier (t. I, n° 60).—*Junge :* M. Troplong (n° 566).

reçu la publicité par l'inscription (sauf, bien entendu, ce que nous avons indiqué déjà, pour y revenir amplement sous l'art. 2135, par rapport à certaines hypothèques légales.) Jusque-là l'hypothèque, quelque régulière qu'elle soit dans sa constitution ou dans son existence, n'est qu'un droit inerte. L'inscription est donc une condition extrinsèque qui, tout indépendante qu'elle soit de l'hypothèque même, lui est indispensable cependant, en ce qu'elle la complète, ou lui donne la vie en lui attribuant le droit de *prendre rang* entre les créanciers, et de se produire en *réalité et en fait* ce qu'elle est *en droit*, c'est-à-dire comme une *cause légitime de préférence* (art. 2094).

On voit par là quelle est la pensée de la loi. Dès que l'inscription, instituée pour mettre l'hypothèque en action, a pour effet de lui donner son *rang de préférence*, il s'ensuit que ce n'est ni à la qualité de la créance, ni à la date du titre, qu'il faut se référer pour classer le créancier hypothécaire inscrit. Quelque favorable que soit la créance et à quelque date qu'en remonte le titre, le créancier n'aura et ne pourra jamais avoir de rang qu'à la date de son inscription. Son titre fût-il le premier, et sa créance fût-elle la plus favorable, il viendra le dernier si son hypothèque est la dernière inscrite; et il ne pourra pas même venir en concours avec des créanciers inscrits avant lui, parce que le droit, qui reçoit son efficacité de l'inscription, est un droit de *préférence*, et non un droit de *concours*, un droit, par conséquent, qui s'exerce privativement sur le prix du gage, et ne laisse le pas aux collocations ultérieures qu'après qu'il est lui-même complétement désintéressé.

Précisons ceci par une hypothèse. Paul a un immeuble sur lequel il a conféré diverses hypothèques : l'une, en 1873, à Pierre ; l'autre, en 1874, à Joseph ; une troisième, en 1875, à Jacques. L'immeuble est vendu, et il se trouve que ni Pierre, ni Joseph, ni Jacques, n'ont pris inscription. On procédera comme si aucune hypothèque n'avait été constituée ; car, à défaut d'inscription, les hypothèques restent

à l'état de droit inerte, et les créanciers hypothécaires viendront en concours sur le prix de l'immeuble, sans exclure même les créanciers chirographaires que Paul pourrait avoir, et auxquels, comme nous l'avons dit tout à l'heure, l'hypothèque *non inscrite*, ne peut pas être opposée (voy. n° 729).

Supposons maintenant qu'un seul des créanciers ait pris inscription, celui-là, fût-ce même Jacques, dont la créance est la dernière en titre, exercera seul son droit hypothécaire, parce que seul il l'a complété par l'accomplissement de la condition extrinsèque qui seule pouvait le mettre en mouvement ; il sera donc payé, par préférence, du montant de sa créance en principal et accessoires, et le surplus du prix de l'immeuble, s'il en reste, appartiendra aux autres créanciers de Paul, sans distinction entre les deux créanciers hypothécaires non inscrits et les créanciers simplement chirographaires ; tous ils viendront en concours, et au marc le franc, sur le surplus du prix.

Supposons, enfin, que les trois créanciers hypothécaires aient pris inscription à des dates différentes, le premier inscrit, fût-il même le dernier par le titre de sa créance, sera d'abord payé en totalité de sa créance, principal et accessoires ; et si le prix n'est pas absorbé, ce qui en restera sera attribué au créancier inscrit le deuxième, qui, à son tour, sera payé en totalité sur le surplus, et laissera l'excédant, s'il y en a, pour faire face à la créance de celui qui a pris inscription le troisième.

Telles sont les règles.

2095. L'enregistrement n'interrompt pas le cours de la prescription.

2095. Registration does not interrompt prescription.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, s. 49, § 3. } Tel renouvellement d'enregistrement n'interrompera pas la prescription de l'hypothèque à laquelle il a trait, et s'il est erronné-

ment fait il sera sujet à radiation de la même manière que l'enregistrement originaire d'une hypothèque. 23 V. c. 59, s. 20.

2096. Diverses dispositions concernant l'enregistrement tant par rapport aux droits réels qu'aux biens et droits mobiliers se trouvent aussi en divers autres titres de ce code.

2096. Other provisions concerning registration, both as regards real rights and moveable property and rights, are contained in several other titles of this code.

2097. Les effets soit de l'enregistrement ou du défaut d'icelui par rapport aux actes, jugements et autres droits réels antérieurs aux différents statuts concernant l'enregistrement, sont réglés par des dispositions particulières contenues dans ces statuts.

2097. The effects of registration or of non-registration in respect of deeds and judgments and other real rights anterior to the different statutes concerning registration are governed by special provisions of law contained in such statutes.

Voy. *Sts. R. B. C.*, ch. 37, s. 3, cités sur art. 2084.

---

* *Sts. R. B. C.*, *ch.* 37, ss. 66, 116. } 66. Rien de contenu dans le présent n'affectera la validité de tout enregistrement effectué, ou de tout certificat donné en vertu des sections cinq et six de l'acte 8 V. c. 27, pour faciliter l'enregistrement des titres, actes, documents et écrits qui devaient être enregistrés le ou avant le premier jour de novembre, mil huit cent quarante-quatre.

116. Tout enregistrement fait en vertu des actes antérieurs du Bas Canada 10, 11 G. 4, c. 8,—1 Guil. 4, c. 3,—4 Guil. 4, c. 5, ou d'aucun d'eux, sera valide et conservera son effet;—et tout certificat d'enregistrement d'un document en vertu des dits actes ou aucun d'eux, donné par le régistrateur préposé à la garde des registres dans lesquels l'enregistrement a été fait, ou une copie authentique d'icelui déposée dans son bureau en vertu d'aucun acte passé à cet effet, sera pris et considéré comme preuve du dit enregistrement.

CHAPITRE DEUXIÈME.

RÈGLES PARTICULIÈRES A DIFFÉRENTS TITRES D'ACQUISITION DE DROITS RÉELS.

2098 (*tel qu'amendé*). Tout acte entrevifs transférant la propriété d'un immeuble doit être enregistré par transcription ou par inscription.

A défaut de tel enregistrement le titre d'acquisition ne peut être opposé au tiers qui a acquis le même immeuble du même vendeur, pour valeur, et dont le titre est enregistré.

L'enregistrement a le même effet entre deux donataires du même immeuble.

Toute transmission d'im-

CHAPTER SECOND.

RULES PARTICULAR TO DIFFERENT TITLES BY WHICH REAL RIGHTS ARE ACQUIRED.

2098 (*as amended*). All acts *inter vivos*, conveying the ownership of an immoveable must be registered at length, or by memorial.

In default of such registration, the title of conveyance cannot be invoked against any third party who has purchased the same property from the same vendor for a valuable consideration and whose title is registered.

Registration has the same effect between two donees of the same immoveable.

Every conveyance by

meuble par testament doit être enregistrée, soit par transcription ou par inscription, [avec une déclaration de la date du décès du testateur.]

[La transmission par succession doit être enregistrée au moyen d'une déclaration énonçant le nom de l'héritier, son degré de parenté avec le défunt, le nom de ce dernier et la date de son décès, et enfin la désignation de l'immeuble.]

[Jusqu'à ce que l'enregistrement du droit de l'acquéreur ait lieu, l'enregistrement de toute cession, transport, hypothèque ou droit réel par lui consenti affectant l'immeuble est sans effet.]

will of an immoveable must be registered either at length or by memorial, [with a declaration of the date of the death of the testator.]

[The transmission of immoveables by succession must be registered by means of a declaration setting forth the name of the heir, his degree of relationship to the deceased, the name of the latter, the date of his death, and, lastly, the designation of the immoveable.]

[So long as the right of the purchaser has not been registered, all conveyances, transfers, hypothecs or real rights granted by him in respect of such immoveable are without effect.]

St. de Québec, 38 *Vict.*, *ch.* 14. } 1. Les avis et déclarations mentionnés dans les articles 2098, 2131 et 2172 du code civil peuvent être donnés aux régistrateurs, pour les intéressés, par toute personne quelconque, parente ou non. Ils peuvent aussi être donnés par les femmes mariées, les interdits et les mineurs eux-mêmes.

[ARTICLE 2098.]

St. de Québec, 42-43 *Vict.*, *ch.* 16, *s.* 1. } 1. L'article 2098 est amendé en ajoutant au quatrième paragraphe, les mots suivants : " et la désignation de l'immeuble."

1. Le texte anglais de l'article 2098 du code civil est amendé, en retranchant le mot : "*purchaser*," dans le dernier paragraphe, et en le remplaçant par le mot : "*acquirer*."

---

8 *Déc. de Québec, p.* 177, *Vidal vs. Demers, C. S. Québec, Casault, J.*, 1881. } JUGÉ :—Que l'enregistrement de l'acte constitutif d'une hypothèque légale ou judiciaire prend effet de sa date, et n'est pas affecté par le dernier aliéna de l'article 2098 du code civil qui n'a d'application qu'à l'enregistrement des " cessions, transports, hypothèques ou droits réels " conventionnels.

Per curiam.—Leclerc, l'opposant a, le 12 juillet 1864, concédé au défendeur, moyennant une rente constituée de $10 au capital de $166.67, l'immeuble désigné en second lieu dans le procès-verbal de saisie.

Il a aussi, le 18 avril 1873, concédé au défendeur, pour une rente constituée de $6 au capital de $100, l'immeuble en premier lieu désigné dans le procès-verbal de saisie.

Ces deux titres de concession n'ont été enregistrés que le 19 août 1881.

L'opposant a fait une opposition afin de charge par laquelle il demande que chacun des deux lots ne soit vendu qu'à la charge de la rente constituée qui l'affecte.

Le demandeur conteste l'opposition, alléguant que les deux titres, sur lesquels elle est fondée, n'avaient pas été enregistrés lorsque l'opposition a été produite, tandis qu'il avait, lui, enregistré son jugement avant la saisie, et qu'il avait, pour cette raison, une hypothèque qui primait les droits de l'opposant. Celui-ci a répondu en droit et spécialement. La réponse en droit a déjà été rejetée, et devait l'être. Le demandeur, en disant que l'opposant n'avait droit à l'imposition d'aucune charge sur les immeubles saisis, alléguait suffisamment qu'il n'avait ni privilége, ni hypothèque ; et il

énonçait suffisamment son hypothèque en disant qu'il avait enregistré son jugement. Sa contestation n'est pas un modèle, mais les moyens qu'invoque l'opposant pour la faire rejeter ne sont pas suffisants. Par sa réponse spéciale, l'opposant dit que les titres sur lesquels il a fondé son opposition sont ceux qui ont fait le défendeur propriétaire des lots saisis.

La saisie a été faite le 17 octobre 1877. Le demandeur a obtenu son jugement le 11 octobre 1876, et l'a fait enregistrer, avec l'avis requis pour obtenir hypothèque sur les deux lots saisis, le 14 du même mois ; et il a renouvelé cet enregistrement le 19 août 1881. L'opposant a produit son opposition le 13 juin 1879, et n'a fait enregistrer les deux concessions susdites que longtemps après, savoir : le 19 août 1881.

L'hypothèque qu'invoque le demandeur est celle que lui a donné le jugement par lui obtenu contre le défendeur, et son enregistrement avec l'avis requis, contenant la description des deux propriétés saisies ; mais l'opposant lui objecte que cet enregistrement, quoiqu'antérieur à celui des titres qu'il a lui-même consentis au défendeur, n'a pu, aux termes du dernier aliéna de l'article 2098, avoir d'effet que par l'enregistrement de ces titres. Et s'appuyant de la décision dans la cause de *Pacaud* v. *Constant*, (4 Q. L. R., p. 94), il soutient que ses droits priment ceux que le demandeur peut avoir, s'il en a aucun. La décision invoquée n'a pas d'application à cette cause que n'affecte pas l'article cité du code civil, l'hypothèque du demandeur n'étant pas conventionnelle, mais judiciaire.

Le dernier aliéna de cet article 2098 ne parle que des droits *consentis* par l'acquéreur. La règle qu'il fait est restrictive, onéreuse et limitative ; elle gène la liberté et la facilité des contrats, elle est une exception au droit commun, et par conséquent son application doit être limitée au cas spécial qui y est indiqué, celui où le droit est consenti par l'acquéreur, et non celui où il est acquis malgré lui et sans son concours. Cette disposition de la loi, ne doit par consé-

quent, affecter que les droits et les hypothèques conventionnelles et non ceux que donne la loi même, ou que l'on obtient de la justice. Elle ne peut pas par là même comprendre les hypothèques légales et judiciaires.

La raison de cette distinction est apparente. Celui qui obtient une hypothèque ou un droit conventionnel, pouvant exiger, lors du contrat, que la partie qui s'oblige exhibe ses titres et justifie de ses droits, la loi pouvait lui faire une obligation de cette mesure de prudence usuelle ; mais celui qui tient ses droits de la loi même ne peut pas exiger cette exhibition de titre, cette justification pour l'obtention de droits que son débiteur ne le voit acquérir que d'un œil jaloux, et dont il oppose souvent l'obtention : et celui qui les tient de la justice les obtient par contrainte, et ne peut pas espérer que son débiteur accomplira une formalité qui favorisera l'acquisition du droit qu'il ne peut obtenir qu'en recourant d'abord aux tribunaux, ni même qu'il lui fournira les informations requises. Il est laissé à ses seules ressources pour découvrir les propriétés que possède son débiteur, et doit, lorsque celui-ci n'a pas enregistré ses titres, faire enregistrer son jugement et les avis requis, sans même souvent avoir pu découvrir comment son débiteur a acquis la propriété contre laquelle il prend inscription. Exiger pour la validité immédiate de son hypothèque que le titre de son débiteur eut été préalablement enregistré, eut équivalu à lui en refuser l'obtention. Ce n'est pas de l'enregistrement de ces droits que s'occupent les quatre dernières lignes de l'article 2098. Ils ne peuvent pas être compris dans " les cessions, transports ou hypothèques consentis par l'acquéreur ; " et ils ne sont pas.

L'acquisition et la validité de l'hypothèque du demandeur étaient indépendantes de l'enregistrement des titres aux propriétés hypothéquées, que l'opposant avait consentis au défendeur. L'enregistrement de l'hypothèque étant antérieur à celui de ces titres, elle primait le privilége de l'opposant.

Ce privilége même, avant son enregistrement, n'était pas

toutefois sans effet : il primait les créances non enregistrées et était préféré aux créances chirographaires (C. C. 2094). L'opposant pouvait en conséquence exercer tous les droits et recours attachés à son privilége et demander, comme il l'a fait, que les propriétés, que ces deux créances privilégiées affectaient, fussent vendues à la charge des rentes qui en étaient le prix. L'article 1792 du C. C. le dit expressément.

L'enregistrement, qu'a fait plus tard l'opposant des deux titres constitutifs de rente, ne changeait pas la position que les droits du demandeur et les siens occupaient auparavant. Cet enregistrement ne peut lui servir que pour les créances hypothécaires subséquemment enregistrées, s'il en est aucune.

Le demandeur ne peut pas obtenir le renvoi pur et simple d'une opposition que Leclerc avait droit de produire ; mais, comme ses intérêts sont lésés par cette opposition, la vente ne doit être faite à la charge des rentes dont les immeubles saisis sont grevées en faveur de l'opposant, qu'en par lui donnant au demandeur bonne et suffisante caution que ces immeubles seront vendus à un prix suffisant pour lui assurer le montant de ce qui lui est dû. Cette condition, qui s'impose d'elle-même, est du reste écrite à l'article 660 du C. P.

L'exception est maintenue et l'opposition renvoyée avec dépens, à moins que l'opposant ne donne, sous 15 jours, caution tel que le veut la loi.

---

22 *L. C. Jur.*, *p.* 73. *C. de Rév.*, *Montréal*, 1878. *Lefebvre vs Branchaud.* } Jugé :—1. Que jusqu'à qu'un acquéreur d'immeubles ait enregistré son titre d'acquisition, les créanciers du vendeur peuvent subséquemment à la vente, prendre hypothèque légale ou judiciaire sur les immeubles vendus.

2. Que la vente sans enregistrement n'est d'aucun effet à l'égard des tiers.

Dorion, J. Le demandeur a acheté un immeuble le 28 novembre 1876, et n'a fait enregistrer son titre d'acquisition que le 5 décembre suivant. Dans l'intervalle, c'est-à-dire, le 30 novembre, le défendeur a obtenu un jugement contre le

vendeur et a pris hypothèque le 1er décembre sur l'immeuble en question comme étant encore la propriété du vendeur, vu que l'acquéreur n'avait pas enregistré son titre de possession lors de l'inscription prise par le défendeur.

Le demandeur demande la radiation de cette hypothèque comme ayant été prise sur un immeuble qui lors de la reddition du jugement n'appartenait plus au débiteur.

La cour de première instance (Bélanger, J.,) a accueilli cette demande et déclaré l'hypothèque nulle. Il n'y a pas de difficulté sur les faits. Il s'agit d'une pure question de droit.

La vente non enregistrée a-t-elle dessaisi le vendeur vis-à-vis des tiers, de manière à ce que ceux-ci ne puissent exercer leurs droits sur le bien vendu et acquérir l'hypothèque judiciaire ou légale sur icelui ?

Je n'hésite pas à me prononcer pour la négative, et je crois que le jugement dont est appel est contraire à la lettre et à l'esprit de nos lois d'enregistrement qui ont pour objet la publicité des droits réels afin d'en assurer une protection efficace.

Pour l'affirmative l'on se fonde sur l'art. 2026 du Code Civil, qui dit que l'hypothèque judiciaire n'affecte que les immeubles qui appartiennent au débiteur et qui sont désignés dans un avis produit au bureau d'enregistrement; et que la vente étant parfaite par le seul consentement des parties d'après l'art. 1472, il s'ensuit que, lorsque le jugement a été obtenu et enregistré, le débiteur n'était plus propriétaire et que le défendeur n'a pu acquérir aucun droit d'hypothèque sur l'immeuble en question en vertu de son jugement. C'est là une erreur qu'il est facile de démontrer. L'art. 1472 est subordonné aux dispositions de l'art. 1027, qui dit que dans les contrats pour l'aliénation d'immeubles la vente sera parfaite par le seul consentement des parties, même vis-à-vis des tiers, mais sujette aux dispositions relatives à l'enregistrement des droits réels sur tels immeubles.

Il faut donc recourir aux dispositions de la loi concernant

l'enregistrement des droits réels pour voir quand la vente est devenue parfaite à l'égard des tiers.

Le Code n'est pas aussi explicite, que ne l'était l'Ordonnance d'Enregistrement de 1841, quoique cependant les codificateurs déclarent dans leur rapport, qu'ils n'ont pas entendu en restreindre les dispositions, mais même les étendre dans le sens de la publicité des droits réels.

Le Code au lieu de mentionner spécialement les différents actes qui pouvaient affecter les immeubles, comme ventes, donations, hypothèques conventionnelles, hypothèques légales, judiciaires et autres, comme ne devant avoir aucun effet à l'encontre de ceux qui auraient enregistré les premiers leurs droits résultant des mêmes sources, ainsi que le faisait l'ordonnance, a procédé, d'une manière un peu différente.

Il a commencé par déclarer (art. 2082) que l'enregistrement des droits réels leur donnait effet et établissait leur rang de priorité suivant les dispositions suivantes du Code. L'art. 2083 décrète que tous les droits réels sujets à l'enregistrement prennent effet du jour de l'enregistrement à l'encontre de tous créanciers qui ont enregistré subséquemment ou qui n'ont pas enregistré du tout.

Ensuite l'art. 2098 dit que tout titre translatif de propriété doit être enregistré, et que tout acte de vente ou hypothèque consenti par un acquéreur qui n'aura pas enregistré son droit de propriété, sera sans effet.

Or si l'acquéreur, non enregistré, ne peut conférer aucun droit à qui que ce soit, il faut bien dire que c'est parce qu'il n'est pas propriétaire vis-à-vis des tiers. Alors c'est le vendeur qui reste propriétaire. Il peut vendre, hypothéquer, et ses créanciers qui obtiennent des hypothèques judiciaires ou autres, et qui prennent inscription avant l'enregistrement de la vente doivent être préférés. Cette doctrine est suivie en France, où depuis 1855 le même système que nous avons ici a été établi. 24 Demolombe, n° 450.

" ... L'art. 3 de la loi de 1855 a voulu que l'on considérât " comme *tiers*, non seulement ceux qui auraient acquis des

" droits sur l'immeuble en contractant avec le vendeur, " comme un second acheteur ou un créancier à hypothèque " conventionnelle, mais encore ceux qui y auraient acquis " des droits de son chef, sans contracter avec lui, comme " son créancier à hypothèque légale ou judiciaire... "

Dans la cause de Chesner *vs* Jamieson, et Hunter, opposant, rapportée au 19e vol. du *Lower Canada Jurist*, p. 190, la Cour d'appel a unanimement maintenu une hypothèque conventionnelle enregistrée, à l'encontre d'un acte de vente passé six ans auparavant et qui ne l'était pas. Je ne vois aucune raison de faire une distinction entre l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque légale ou judiciaire. La loi n'en fait pas, et les mêmes raisons existent dans un cas comme dans l'autre.

C'est à l'acheteur à s'imputer la faute de n'avoir pas enregistré son titre en temps utile. Pourquoi les sociétés qui prêtent de l'argent ne se dessaisissent-elles de leurs deniers qu'après avoir fait enregistrer l'acte d'obligation et s'être assurées que leur hypothèque a bien pris le rang qu'elles entendaient lui donner ? C'est justement pour se protéger contre des ventes ou autres transactions occultes que l'on pourrait ensuite leur opposer.

L'acquéreur n'a qu'à prendre les mêmes précautions et tous les droits seront sauvegardés, et les placements sur la propriété foncière, auront cette garantie que la loi a eu en vue en soumettant les droits réels à l'enregistrement.

Pour ces raisons je suis d'opinion (et la cour est unanime) de renverser le jugement de la cour de première instance, et débouter l'action du demandeur.

Le jugement en révision est motivé comme suit :

" La Cour considérant qu'aux termes des art. 2082 et 2083 du Code Civil du Bas-Canada, l'enregistrement des droits réels est nécessaire pour leur donner effet vis-à-vis des tiers, et établir leur rang entr'eux ;

" Considérant que lorsque L. R. Baker a obtenu jugement contre François X. Lachance, le 30 novembre 1876, et l'a

fait enregistrer, le demandeur n'avait pas enregistré son titre d'acquisition de l'immeuble désigné en la déclaration en cette cause;

"Considérant que le dit L. R. Baker a pu valablement prendre hypothèque sur le dit immeuble, et que l'action du demandeur pour faire radier cette hypothèque était mal fondée;

"Considérant qu'il y a erreur dans le dit jugement, casse, annule, etc., et déboute l'action avec dépens."

Jugement infirmé.

---

26 *Low. C. Jurist*, *p.* 281. *Société de Construction et Laurin*, *Cour d'Appel. Montréal*, 1872.

JUGÉ :—Que l'article 2098 du Code Civil, déclarant que "jusqu'à ce que l'enrégistrement du droit de l'acquéreur ait lieu, l'enregistrement de toute cession, transport, hypothèque ou droit réel par lui consenti affectant l'immeuble est sans effet," doit être appliqué aux actes antérieurs au Code, et que ce n'est pas donner un effet rétroactif au code de l'appliquer ainsi.

L'Appelante exposait comme suit les faits et ses prétentions :—

Le débat entre les parties, toutes deux créancières de Joseph Maurice, devenu insolvable et en faillite, a d'abord originé devant le syndic officiel, James Tyre, qui avait colloqué l'appelante de préférence à l'intimée.

De là, un appel par cette dernière à la Cour Supérieur, à Montréal, qui, sous la présidence de l'Honorable Juge Berthelot, rendit le jugement suivant, le 31 décembre 1870.

"La Cour après avoir entendu les parties par leurs avocats
" respectifs sur la requête en appel de la dite Dame Monique
" Laurin, contre le jugement rendu par le dit syndic, le
" vingt-septième jour d'octobre dernier, examiné le dossier
" et le dit jugement du 27 octobre dernier, et en avoir déli-
" béré, accorde la conclusion de la dite requête de la dite
" Dame Monique Laurin, et casse et infirme le dit jugement
" du 27 octobre dernier, rendu par le dit syndic, et main-
" tient la contestation de la feuille de dividende du syndic,

" faite par la dite Dame Monique Laurin, et ordonne au dit " syndic de procéder à un nouvel ordre de distribution, collo- " quant la dite Dame Monique Laurin, pour sa créance et " réclamation contre le dit insolvable, et ce par préférence " à la collocation de la dite Société Permanente de Construc- " tion avec tous dépens tant en Cour de Banqueroute que sur " la présente requête, dont distribution est accordée à Mes- " sieurs Doutre, Doutre et Doutre, avocats de la dite re- " quérante."

Ce jugement n'étant pas motivé, il faut chercher la clef de la difficulté dans la décision longuement motivée, rendue par le syndic officiel, le 27 octobre 1870, dans les termes suivants :

" I, James Tyre, official assignee, of the City and District " of Montreal, the assignee in this matter, having heard the " parties by their counsel respectively, seen their declaration " that they have no oral testimony to adduce, having also " examined the documents and pleadings fyled before me, " and having carefully deliberated :

" Considering that the deed of sale made by the late Fran- " çois Quenneville, to the insolvent, before Lecavalier and " Colleague, notaries public, was so made the 21st day of " November, 1860, and registered the 28th day of June, " 1867 ;

" Considering that the deed to the said Building Society " by the insolvent, granting mortgage, was executed the " 15th day of June, 1867, and was registered the 26th day of " June, 1867, seeing the Registrar's certificate made and " fyled in this matter, touching the enregistration of such " claims ;

" Considering that the said Monique Laurin hath now " pending before the Superior Court for the District of " Montreal an action to set aside said deed of sale aforesaid " and to recover back the property so sold to the insolvent, " and that she cannot claim to be proprietor and to be hypo- " thecary creditor at one and the said time ;

" Considering that the article number 2098 of the Code of " this Province, does not apply to this matter, inasmuch as " the vendor did not register within the delay fixed by law, " so as to conserve privilege as against hypothecary cre- " ditors, and considering said deed of sale was made long " before the passing of said Code, and that by the law ante- " rior to the said Code, the unpaid vendor had not any pri- " vilege or preference over or before the hypothecary credi- " tor duly registered before the registration of any deed of " sale :

" Considering that a term of payment was given the insol- " vent by said late François Quenneville, and that neither " he nor his widow had nor has *jus in re* or right in the " property, and that by want of registration of deed of sale " before the 28th day of June, 1867, the said Dame Monique " Laurin hath not privilege or priority before said Building " Society ;

" Do adjudge, award and declare that the contestation " made and fyled in this matter by said Dame Monique " Laurin to and of the dividend sheet made and prepared " in this matter of moneys, proceeds of the sale of the im- " moveable property of the insolvent, was and is unfounded, " and that the same should be so declared, do maintain said " divided sheet and the distribution therein made, and do " dismiss said contestation, with costs against said Dame " Monique Laurin."

Cette décision du Syndic tranche dans le vif du litige en déclarant que l'appelante, dont le titre de créance en date du 15 juin 1867, fut enregistré le 26 du même mois, doit primer le titre de bailleur de fonds de l'intimée en date du 21 novembre 1860, enregistré le 28 juin 1867, deux jours après l'enregistrement effectué par l'appelante.

Le vendeur dont le titre est antérieur à notre Code perd le rang de son hypothèque privilégiée, à défaut d'enregistrement dans les 30 jours, à l'égard de tout créancier postérieur régulièrement inscrit avant lui. (S. R. B. C. ch. 37, sect. 9).

Au dire de l'intimée, l'enregistrement de la créance de l'appelante est nul et ne peut lui servir, parce que la loi actuelle exige que le propriétaire ait fait enregistrer d'abord le titre d'acquisition de l'immeuble qu'il veut hypothéquer. De fait, l'intimée repose toutes ses prétentions sur cette seule phrase, de droit nouveau, qui termine l'article 2098 du Code Civil du Bas-Canada et qui se lit ainsi : " Jusqu'à ce que " l'enregistrement du droit de l'acquéreur ait lieu, l'enregis- " trement de toute cession, transport, hypothèque ou droit " réel par lui consenti affectant l'immeuble, est sans effet."

La Législature n'a jamais eu l'intention de dépouiller le propriétaire antérieur au Code du droit qu'il avait de disposer de sa chose à sa guise, soit en la vendant soit en l'hypothéquant, soit en l'aliénant de quelque manière que ce soit. Dire le contraire ; prétendre que la législation nouvelle a entendu frapper de nullité tous les contrats affectant la propriété immobilière qui seraient passés à l'avenir par celui dont le titre d'acquisition n'aurait jamais été enregistré, serait soutenir le principe de la rétroactivité de la loi. Ainsi dans la thèse de l'intimée, le failli dont l'acte d'achat n'avait pas été enregistré, pouvait bien autrefois vendre ou hypothéquer l'immeuble en question, mais il ne pourrait plus le faire depuis le 1er août 1866.

Pour en venir à cette conclusion, il faudrait violer le texte même de l'article 2163 de notre Code qui déclare que les dispositions nouvelles qu'il crée n'auront pas un effet rétroactif.

Il est vrai que l'intimée soutient qu'il n'y a ici aucune violation du principe de la non rétroactivité de la loi, vû que la date de l'acte d'obligation consenti par le failli à l'appelant est postérieur au Code même. Le Code ne pouvait pas enlever au failli la faculté de disposer de ses immeubles librement comme auparavant, sans réagir sur le passé et sans blesser des droits acquis ; puisque la constitution de l'hypothèque est inhérente au droit même qu'avait le failli

de disposer de la propriété comme il l'entendrait, sans restriction et sans aucune formalité préalable.

Le principe fondamental de notre régime hypothécaire, la base sur laquelle il repose, est la publicité des droits réels dans son acception la plus large par la voie de l'enregistrement. L'on ne trouvera nulle part que le vendeur est dispensé de la formalité de l'enregistrement ; au contraire notre Code impose à tous, vendeurs ou acquéreurs, la rigoureuse nécessité de l'enregistrement pour la sûreté et la conservation de leurs droits respectifs. Ainsi l'article 2082 dit que c'est " l'enregistrement des droits réels qui leur donne effet " et établit leur rang." Et l'article suivant (2083) dit encore : " Tout droit réel soumis à la formalité de l'enregistrement " a effet du moment de son enregistrement à l'encontre des " autres créanciers dont les droits n'ont été enregistrés que " subséquemment, ou ne l'ont pas été. Si néanmoins un " délai est accordé pour enregistrer un titre et que l'enre- " gistrement soit effectué dans ce délai, ce titre a son effet à " l'encontre même des créanciers subséquents qui ont priori- " té d'enregistrement." Ainsi l'article 2100 dit que le vendeur " conserve tous ses droits et priviléges par l'enregistrement " de l'acte d'aliénation dans les trente jours à compter de sa date." D'ailleurs la section 9ème du chapitre 37 des Statuts Refondus du Bas-Canada qui impose au bailleur de fonds l'obligation de l'enregistrement dans les trente jours, sous peine de déchéance à l'égard de tiers plus diligents, n'a jamais été rappelée et est encore en vigueur.

S'il est vrai que le bailleur de fonds n'est pas exempt de la formalité de l'enregistrement, il faut repousser cette prétention de l'intimée : " que l'hypothèque du créancier postérieur qui a enregistré le premier son titre de créance, ne prime pas celle du vendeur qui n'a pas été inscrite dans le délai légal de trente jours." Et ce n'est que justice d'en décider ainsi ; car dans le système de l'intimée, nul besoin pour le vendeur de veiller à la conservation de ses droits.

Ne serait-ce pas rétrograder de plus de trente ans en fait

de législation hypothécaire ? Ne vaudrait-il pas mieux décréter de suite en deux lignes que le bailleur de fonds sera dispensé de la formalité de l'enregistrement ?

Non, il faut savoir trouver une explication plus plausible de la loi. Cette objection ne peut valoir qu'entre deux créanciers hypothécaires du même acquéreur, dont l'un inscrit antérieurement et l'autre postérieurement à l'inscription du titre de propriété du débiteur. Car notre Code a voulu que le bureau d'enregistrement reflétât tout l'ensemble des transactions immobilières, et que l'origine même, la trace première, le titre primordial de l'acquéreur fût connu : Non pas précisément pour suppléer à l'indifférence du bailleur de fonds qui aura dédaigné de faire enregistrer sa créance, et pour lui conserver malgré lui et aux dépens des tiers des droits qu'il n'aura pas eu le souci d'assurer, mais bien pour compléter l'enchaînement des titres et en démontrer la source au public.

Ce qui démontre davantage encore que la nécessité de l'enregistrement du titre de l'acquéreur n'a pas été imposée à ce dernier dans l'intérêt de son vendeur, c'est que cette formalité est requise même dans le cas où le prix de vente est payé comptant, et où par conséquent rien ne reste dû au bailleur de fonds.

Le mot *acquéreur* dont se sert l'article 2098 en déclarant qu'il lui faudra enregistrer son droit à l'immeuble avant de l'hypothéquer, s'entend d'actes d'acquisition postérieurs à la mise en force de notre Code. Car s'ils eussent voulu réagir sur le passé, nos codificateurs n'auraient pas manqué de tenir un autre langage et de dire que tous, propriétaires actuels comme acquéreurs à l'avenir, seraient tenus à cette formalité de l'enregistrement de leurs titres respectifs avant de pouvoir disposer de leurs immeubles. Dans le sens et dans le texte même de l'article 2098, le failli n'est pas un *acquéreur*, mais bien un *propriétaire* ayant des droits acquis à la disposition libre et sans entraves de ses biens immobi-

liers, garantie par des lois que la législation nouvelle n'a jamais eu l'intention d'altérer.

Remarquons en outre, que la loi ne dit pas même que le *titre*, mais bien seulement le *droit* de l'acquéreur, sera enregistré avant qu'il puisse disposer de l'immeuble. Or l'enregistrement d'un simple bordereau énonçant le droit à la propriété, sans indication de la somme due au bailleur de fonds, ne serait-il pas suffisant, et ce dernier pourrait-il se plaindre dans ce cas de l'insuffisance d'un enregistrement qui ne sauvegarde pas ses propres droits ?

Ainsi en résumé : dès 1853, la législation provinciale a imposé au bailleur de fonds l'obligation d'enregistrer sa créance dans les trente jours de la passation de l'acte de vente, et a décrété que s'il ne le faisait pas, tout créancier postérieur en date mais dûment inscrit avant lui, le primerait. Cette disposition de la loi n'a pas été changée par notre Code qui, au contraire, l'a confirmée par les articles 2082, 2083 et 2100. L'article 2098 ne s'applique pas au cas actuel où il s'agit d'un propriétaire dont le titre est antérieur de plusieurs années à notre Code.

Au reste, l'appelante est convaincue que la décision de cette Honorable Cour circonscrira la portée de l'article 2098 dans les véritables limites qui doivent lui être assignées, et qu'elle fixera la jurisprudence du pays sur ce changement important effectué dans notre législation par le Code Civil du Bas-Canada.

L'intimée exposait ses prétentions dans les termes suivants :

Le nommé Joseph Maurice, ayant fait cession sous l'Acte de Faillite, entre les mains du syndic James Tyre, au nombre des réclamants se trouvaient l'intimée et l'appelante.

L'intimée réclamait $756, balance due en capital et intérêts sur le prix de vente d'un certain immeuble que feu son mari, François Quenneville, avait vendu au dit Joseph Maurice, le failli, le 21 novembre 1860. Cette vente avait été enregistrée le 28 juin 1867. L'intimée réclamait cette somme en

vertu du testament de son mari, qui la faisait sa légataire universelle en propriété.

L'appelante réclamait $620.25, en vertu d'une obligation portant hypothèque, enregistrée le 26 juin 1867.

Le syndic, James Tyre, prépara une feuille de dividende ou ordre de distribution, d'après lequel l'appelante était colloquée avant l'intimée, sous prétexte de la priorité de l'enregistrement de l'hypothèque de l'appelante.

L'intimée contesta cette collocation, la prétendant vicieuse et contraire à la loi et notamment à l'Art. 2098 du Code Civil qui déclare que " jusqu'à ce que l'enregistrement du droit de l'acquéreur ait lieu, l'enregistrement de toute cession, transport, hypothèque, ou droit réel par lui consenti affectant l'immeuble est sans effet." De plus l'intimée alléguait, par sa contestation, que l'acte et l'enregistrement sur lesquels était fondée la réclamation de l'appelante étaient postérieurs à la promulgation du Code Civil et soumis à ses dispositions,—l'acte ayant été passé le 15 juin 1867, et l'enregistrement ayant eu lieu le 26 juin 1867 ; et qu'à l'époque de la passation et de l'enregistrement de l'acte en dernier lieu mentionné, le titre ou droit du dit Joseph Maurice n'avaient pas encore été enregistré, et qu'en conséquence l'enregistrement de l'hypothèque de l'appelante était sans effet, au moins quant à l'intimée. Par les conclusions de sa contestation, l'intimée demandait que la feuille de dividende du syndic fut déclarée illégale et fût réformée, et que le dit syndic, procédant à faire un nouvel ordre de distribution, accordât à l'intimée sa créance en capital, intérêts et frais.

Le syndic renvoya la contestation de l'intimée sur le motif que l'enregistrement de son titre était postérieur à celui du titre de l'appelante, et en général conformément aux diverses prétentions de l'appelante.

L'intimée appela de cette décision devant l'un des juges de la Cour Supérieure, et le 31 décembre 1870, l'hon. juge Berthelot infirma la décision du syndic, et accorda les conclusions de la contestation de l'intimée.

La question soumise à cette Cour d'Appel se présente précisément dans les mêmes termes qu'en Cour Inférieure. La partie de l'Art. 2098 qui a servi de base au jugement attaqué, se lit comme suit : " Jusqu'à ce que l'enregistrement du droit de l'acquéreur ait lieu, l'enregistrement de toute cession, transport, *hypothèque* ou droit réel par lui consenti affectant l'immeuble, est sans effet."

Les dates concernant les prétentions respectives des parties sont les suivantes :

Vente par Quenneville à Maurice, 21 novembre 1860.

Obligation de Maurice à l'appelante, 15 juin 1867.

Enregistrement de l'obligation, 26 juin 1867.

Enregistrement de la vente, 28 juin 1867.

L'enregistrement du droit de l'acquéreur Maurice a donc eu lieu deux jours après l'enregistrement de l'obligation, en c'est pour cela que la Cour Inférieure a déclaré ce dernier enregistrement sans effet.

L'appelante argue que le Code étant postérieur à la vente, la disposition nouvelle de l'Art. 2098 ne lui est pas applicable. S'il s'agissait d'appliquer le Code à la vente, il y aurait quelque chose de fondé dans cette prétention ; mais il s'agit de l'*enregistrement* de la vente et non de la vente elle-même. Si l'appelante avait obtenu cette obligation avant le Code et l'eût fait enregistrer avant le Code, il est hors de doute que cette disposition ne serait pas applicable. Mais le Code a pris les droits existant dans leur condition actuelle et a réglé la manière d'en disposer à l'avenir. Ce n'est pas lui donner un effet rétroactif, car l'enregistrement n'affecte en aucune manière le caractère et les conséquences de la vente.

L'appelante invoque le défaut d'enregistrement du titre de l'intimée, dans les 30 jours de sa passation (Art. 2100 C. C.), délai qui faisait partie de notre législation, plusieurs années avant le Code. La disposition de l'Art. 2098 suscitée, rend presque inutile celle de l'Art. 2100 ; mais il peut encore se présenter des cas où il y aurait lieu de tirer parti de l'enregistrement du titre du bailleur de fonds dans les 30 jours.

En supposant toutefois que la conservation dans le Code d'une législation antérieure soit devenue inutile par suite d'une autre partie du même code,—serait-ce la partie inutile qui devrait prévaloir à l'exclusion de celle qui, destinée à protéger plus efficacement le vendeur, porte avec elle le cachet d'une intention formelle, comme celle de l'Art. 2098 ? La chose ne peut donner lieu à discussion.

Sur la question de rétroactivité, l'intimé cita Merlin, Rép. V° Effet rétroactif et V° Loi.

---

12 *Revue Légale, p.* 92, *C. S. Joliette, Mathieu, J.*, 1883, *Dubeau et Piette.* } Jugé :— Que par la disposition du dernier alinéa de l'article 2098 Code Civil prise conjointement avec l'article 2043 Code Civil, l'hypothèque consentie par le possesseur à titre de propriétaire et enregistrée avant l'enregistrement de son titre, prime celle consentie et enregistrée depuis l'enregistrement du dit titre.

Jugement :

La Cour après avoir entendu les parties, savoir : les dits colloqués, Léonard Read et Joseph Dubeau *et al.*, et les dits contestants, par leur avocat respectif, sur le mérite de la contestation de l'ordre de collocation du rapport de distribution, préparé en cette cause par le protonotaire de cette Cour, et produit et affiché en cette cause le 11 septembre dernier, avoir examiné le dit rapport de collocation et de distribution, la dite contestation et moyens, et tout le dossier de la procédure, et sur le tout, mûrement délibéré ;

Attendu que le dit Léonard Read est colloqué aux quatrième item du dit rapport, pour la somme de $100, étant le montant de sa créance en capital, en premier lieu mentionnée au certificat du régistrateur, produit avec le rapport du shériff, fondée sur une obligation consentie par le défendeur en faveur du dit Léonard Read, devant Maître Crépeau, notaire, et témoin, le 2 avril 1872, et enregistrée le 6 du même mois, et pour la somme de $18.15 étant pour deux ans et six jours d'intérêt, au taux de neuf par cent l'an, sur la dite créance.

Attendu que Joseph Dubeau ès-nom et qualité et autres, les dits demandeurs en cette cause, sont colloqués au cinquième item du dit rapport de collocation et de distribution pour la somme de $172.78 courant, en à compte du montant de leur opposition fondée sur une obligation consentie par le défendeur en faveur de Cyrille Dubeau, le 26 mai 1876, devant Maître P. C. Piché, notaire, et enregistrée le 30 décembre de la même année.

Attendu que les dits contestants, par leur contestation, demandent à être colloqués de préférence aux dits Léonard Read et Joseph Dubeau et autres, pour la somme de $200 et les intérêts, étant le montant d'une obligation consentie par le défendeur à Charles Alexandre Forneret, le 7 novembre 1878, devant Maître P. Tellier, notaire, enregistrée au bureau d'enregistrement du Comté de Berthier, dans les limites duquel est situé l'immeuble vendu en cette cause le 8 novembre 1878 ;

Attendu que les dits contestants basent leur contestation et leurs prétentions sur le fait que la dite obligation du 7 novembre 1878, consentie par le dit défendeur au dit Alexandre Forneret enregistrée comme susdit le 8 novembre 1878, a été enregistrée après l'enregistrement du titre du défendeur en cette cause qui fût enregistré le 8 novembre 1878, tandis que les titres de créances des dits Léonard Read et Joseph Dubeau et autres, créanciers colloqués comme susdit, n'ont été enregistrés qu'avant l'enregistrement du dit titre du défendeur, et que cet enregistrement des titres de créances des dits créanciers colloqués est nul et de nul effet, tandis que l'enregistrement de la dite obligation consentie en faveur du dit Charles Alexandre Forneret lui donne priorité sur les dits créanciers colloqués ;

Considérant que le dernier alinéa de l'article 2098 du Code Civil décrète que jusqu'à ce que l'enregistrement des droits de l'acquéreur ait lieu, l'enregistrement de toute cession, transport, hypothèque ou droit réel par lui consentis affectant l'immeuble est sans effet, mais que l'article 2043 du

même Code décrète que l'hypothèque consentie par un débiteur, sur un immeuble dont il est en possession comme propriétaire, mais dont il n'a pas un titre suffisant, a son effet à compter de la date de son enregistrement, si le débiteur y obtient ensuite un titre parfait, sauf néanmoins le droit des tiers ;

Considérant que cet article 2043 fait voir que la disposition du dernier alinéa du dit article 2098 décrétant que l'enregistrement de toute hypothèque affectant l'immeuble est sans effet jusqu'à ce que l'enregistrement des droits de l'acquéreur ait lieu ne contient pas une nullité absolue, vû que dans le cas de l'article 2043 cet enregistrement a effet à compter de sa date ;

Considérant que si l'interprétation donnée par les contestants au dit article 2098 devait être adoptée, il faudrait dire que celui qui a une hypothèque consentie par un débiteur en possession comme propriétaire, mais qui n'a pas un titre parfait à une meilleure position que celui qui tient une obligation d'un débiteur en possession comme propriétaire qui a un titre parfait, mais qui n'est pas enregistré ;

Considérant qu'en référant au rapport des codificateurs, on constate que le chapitre des hypothèques et le titre de l'enregistrement des droits réels est contenu dans un même rapport en date du 1er juillet 1864, et que l'intention des codificateurs était alors de déclarer radicalement nul l'enregistrement d'une obligation faite avant l'enregistrement du titre du débiteur comme cela appert en référant au dit rapport à la page LXIII, mais que dans l'article correspondant à l'article 2043 aux chapitres des hypothèques tel que soumis par les codificateurs, il est donné effet à l'hypothèque consentie par un débiteur sur un immeuble dont il est en possession comme propriétaire, mais dont il n'a pas un titre suffisant à compter de sa date, si le débite ur y obtient ensuite un titre légal, et non à compter de la date de son enregistrement tel que le dit article se trouve écrit dans notre code ;

Considérant que ce changement au dit article 2043, qui est

l'article 75 du chapitre des hypothèques soumis par les codificateurs n'a pas été suggéré par les codificateurs, et qu'il ne se trouve pas non plus avoir été fait par la Législature, dans l'acte concernant le Code Civil du Bas Canada, chapitre 41 des Statuts du Canada de 1865, mais que cependant il se trouve inséré dans le dit Code Civil, et que par la section 10 du chapitre 7 des Statuts de la Province de Québec de 1868, 31 Victoria, le Code Civil du Bas Canada tel qu'imprimé a force de loi ;

Considérant que l'article 75 tel que présenté par les codificateurs avait en vue certains individus qui sont en possession, mais qui n'ont pas encore de titre ; tel que les occupants de terre sous billets de location et autres, tel que mentionné au rapport des dits codificateurs à la page LV, et que si celui qui n'a pas de titre peut consentir une hypothèque qui aura son effet, à dater de son enregistrement par l'enregistrement subséquent du titre du débiteur, on doit considérer qu'à plus forte raison celui qui a un titre non enregistré peut aussi consentir une hypothèque qui aura son effet à compter de la date de son enregistrement par l'enregistrement subséquent de son titre ;

Considérant que l'article 2130 du Code Civil décrète qu'aucune hypothèque, excepté celle en faveur des compagnies d'Assurance Mutuelle pour le recouvrement des contributions des assurés, n'a d'effet sans enregistrement ; que si par les dispositions de l'article 2098, l'enregistrement de l'hypothèque avant l'enregistrement du droit de l'acquéreur est sans effet, il s'ensuit que celui dont le titre n'est pas enregistré ne peut consentir effectivement une hypothèque sur son immeuble et par l'application du dit article 2043, il faut conclure qu'il n'a pas un titre suffisant pour consentir effectivement une hypothèque ;

Considérant que la dite contestation est mal fondée.

A renvoyé et renvoie la dite contestation avec dépens, distraits à Maître J. N. A. McConville, avocat et procureur des demandeurs.

[ARTICLE 2099.]

N. B. Jugé dans le même sens, Cour Supérieure, Québec 1880, Casault J. *In Re*, Begin, failli, 6 Rapports Judiciaires de Québec, page 52 ; Cour Supérieure, Joliette, 15 novembre 1881, Mathieu J., Bricault dit Lamarche, *et uxor*, *vs.* Bricault dit Lamarche, 11 Revue Légale, page 163 ; *contrà*, Cour de Révision, Québec, 28 février 1882, Meredith Juge-en-Chef, et Stuart, J., (Casault J., dissident), Racine *vs.* Delisle et divers créanciers, 8 Rapports Judiciaires de Québec, page 135 ; Cour Supérieure, Montmagny, mars 1881, McCord, J., Chrétien, *et uxor*, *vs.* Poitras et Chrétien, *et uxor*, colloqués, et Cloutier, contestant, 7 Rapports Judiciaires de Québec, page 81 ; Cour de Révision, Québec, 25 février 1878, Meredith, Juge-en-Chef, Stuart, J., et McCord, J., Pacaud *vs.* Contant, 4 Rapports Judiciaires de Québec, page 94.

2099. Nonobstant les dispositions mentionnées plus haut, la vente, la location ou la cession d'un droit de mine est conservée et a son effet à compter de sa date, si le titre est authentique, par l'enregistrement qui en est effectué dans les soixante jours de sa date, lors même que cet acte n'aurait pas été suivi d'une possession réelle.

2099. Notwithstanding the provisions hereinabove contained, the sale, lease, or transfer of a mining right, if the title be authentic, is preserved and takes effect from its date by means of its registration within sixty days after its date, even though such act be not followed by actual possession.

---

* 24 *Vict. ch.* 31, (1861). } Considérant que des doutes se sont élevés quant aux titres des acquéreurs de priviléges et de droits touchant l'exploitation des mines, distincts du sol : à ces causes, Sa Majesté, par et de l'avis et du

consentement du conseil législatif et de l'assemblée législative du Canada, décrète ce qui suit :

1. La vente, location ou autre cession, par le propriétaire ou concessionnaire de l'immeuble, d'un droit de mine ou d'un privilége d'exploration, de toute mine, minerai, charbon de terre, huile ou autre substance minérale, ou carrière, avec ou sans la faculté d'exploiter la mine, ou le droit d'entrée ou de sortie, si elle est dûment enregistrée au bureau d'enregistrement de la division d'enregistrement dans laquelle l'immeuble en question est situé, en conférera la propriété à l'acquéreur, suivant son rang et droit de priorité, jusqu'au degré énoncé dans le contrat enregistré, et il en aura la pleine possession comme s'il en avait eu tradition et saisine, et nulle vente, location ou autre cession, par le propriétaire ou concessionnaire de l'immeuble, subséquemment faite à un tiers, de la propriété dans et sur laquelle ou à l'égard de laquelle telle vente, location ou autre cession en premier lieu mentionnée a été faite par le propriétaire ou concessionnaire de l'immeuble, ne l'annulera, invalidera ni affaiblira.

2. Pourvu, toujours, que l'enregistrement, de toute telle vente, location ou autre cession comme susdit, faite avant la passation du présent acte, pourra être fait dans les soixante jours après la passation d'icelui, avec le même effet et donnera le même rang et priorité que si tel enregistrement eût été fait immédiatement après telle vente, location ou autre cession.

3. Le présent acte ne s'appliquera qu'au Bas Canada.

2100. Le vendeur, le donateur ou l'échangiste d'un immeuble conserve tous ses droits et priviléges par l'enregistrement de l'acte d'aliénation dans les trente jours à compter

2100. Persons conveying immoveables by sale, gift or exchange preserve all their rights and privileges by registering the deed of alienation within thirty days from its date, even

de sa date, à l'encontre de toute personne dont le droit a été enregistré entre la date de tel acte d'aliénation et son enregistrement.

[Le droit du vendeur de rentrer dans l'immeuble vendu, faute de paiement du prix, n'affecte les tiers acquéreurs qui ne s'y sont pas soumis que quand l'acte de vente où ce droit est stipulé a été enregistré, comme dans les cas ordinaires; néanmoins le vendeur jouit à cet égard des avantages du délai de trente jours, comme pour le prix de vente.]

against persons registering their rights between the dates of such deed and of its registration.

[The right of the vendor to take back an immoveable sold, in the case of non-payment of the price, does not affect subsequent purchasers who have not subjected themselves to such right, unless the deed in which it is stipulated has been registered as in ordinary cases; nevertheless the vendor in this matter as well as for securing the price has all the advantage of the delay of thirty days.]

Voy. 26 *Low. C. Jurist*, cité sur art. 2098.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 9. } 9. Le bailleur de fonds sera tenu d'enregistrer le titre constitutif de son droit de bailleur de fonds, en la manière prescrite pour l'enregistrement des réclamations hypothécaires, dans les trente jours à dater de celui où le titre aura été passé, et fautè par lui de le faire, ce droit de bailleur de fonds n'aura aucun effet à l'égard de tout subséquent acquéreur, donataire ou créancier privilégié, hypothécaire ou judiciaire, qui aura acquis, pour valable considération, et dont le titre est enre-

gistré avant,—mais jusqu'à l'expiration des dits trente jours, le privilége de bailleur de fonds ne sera pas affecté par le défaut d'enregistrement :

2. Un bailleur de fonds qui a acquis son droit après la mise en vigueur de l'ordonnance d'enregistrement, 4 V. c. 30, mais avant la passation de l'acte 16 V. c. 206, le quatorzième jour de juin, 1853, avait six mois à compter de ce jour-là pour enregistrer le titre constitutif de tel droit, et, jusqu'à l'expiration de tel délai, tel droit n'a pas été affecté par le défaut de le faire enregistrer ;

3. Et rien dans cette section n'est censé affecter aucun jugement des cours civiles du Bas Canada, rendu avant le dit quatorze juin, mil huit cent cinquante-trois, arrêtant que le bailleur de fonds n'était pas tenu d'enregistrer le titre constitutif de son droit de bailleur de fonds. 16 V. c. 206, ss. 4, 5, 6.

---

25 *Low. C. Jurist*, *p.* 25, *C. d'ap.*, *Montréal*, 1879. *Adams et Flanders.* } HELD :—That since the Civil Code came into force, though a person may have acquired an immoveable in good faith, and be in open possession thereof as proprietor, yet, if the *acte* by which he acquired, though registered within thirty days, has not been registered until after the registration of a judicial or other *hypothèque* against the vendor, the latter claim attaches and has the preference.

The registration of a deed of alienation within thirty days from its date protects only the rights of the vendor or donor, and has no retroactive effect in favor of the person who acquires the property.

The appeal was from a judgment of the Circuit Court, District of St. Francis, dismissing a hypothecary action. The judgment was in these terms :—" Defendant being the owner in good faith of the property in question in this cause, under deed of sale, before the judgment under which plaintiff claims hypothec in this cause was rendered, whether actual delivery was made or not, this action is dismissed with costs."

The sale was registered within thirty days, but appellant

submitted that the delay allowed by article 2083 C. C. is for the exclusive benefit of the vendor.

Monk, J. (*diss.*), found it impossible to concur in the judgment about to be rendered. His Honor was of opinion that the registration of a judgment will attach only against property in the possession of the judgment debtor, and that registration against a property which has been sold by the debtor previously, and has passed out of his possession, and is openly possessed by another, is without effect. He considered that this was the correct interpretation of Art. 2026, "Legal hypothec affects such immoveables only as *belong* to the *debtor*," &c. He was, therefore, of opinion that the judgment should be confirmed.

Sir A. A. Dorion, C. J.—Le 20 novembre 1877, l'intimée a acheté par acte sous seing privé, une terre d'un nommé J. B. Payet.

Le 13 décembre suivant, l'appelant a obtenu jugement contre Payet pour $35. Ce jugement a été enregistré le 17 décembre 1877, avec l'avis requis par l'article 2121, C. C.

Le 20 décembre l'intimée a fait enregistrer son titre d'acquisition.

L'appelant a depuis porté contre l'intimée une action en déclaration d'hypothèque pour le montant de son jugement en capital, intérêts et dépens.

L'intimée a répondu qu'elle avait acheté de bonne foi; qu'elle était en possession de l'immeuble lorsque l'appelant avait obtenu son jugement, en sorte qu'il n'avait pas pu acquérir d'hypothèque en le faisant enregistrer; que d'après l'article 2121 C. C., les hypothèques judiciaires n'affectent que les immeubles qui appartiennent au débiteur lors de l'enregistrement, et que de plus l'intimée ayant fait enregistrer son acte d'acquisition dans les trente jours de sa date, l'enregistrement avait eu l'effet en vertu de l'article 2100 C. C., de lui conserver son droit de propriété.

Cette défense a été maintenue par le jugement rendu par la Cour de Circuit, à Sherbrooke.

L'appelant se plaint de ce jugement, et la question est d'un grand intérêt et présente des difficultés sérieuses.

Avant le Code " l'enregistrement d'un droit réel ne pou-" vait nuire à l'acquéreur d'un héritage qui alors (et avant " la mise en force du Code) en était en possession ouverte et " publique à titre de propriétaire lors même que son titre " n'aurait été enregistré que subséquemment."

Ce sont là les termes de l'art. 2088 du C. C., et ils indiquent que la même règle n'a pas lieu pour les acquisitions faites depuis le Code.

Ces mots, " et avant la mise en force de ce Code," n'étaient pas dans le projet des commissaires. Ils ont été ajoutés lors de la discussion qui a eu lieu dans l'assemblée législative pour donner effet à la suggestion des commissaires, adoptée dans l'article 2130, de faire dépendre le rang des hypothéques et autres droits réels de la date de l'enregistrement des actes dont ils résultent, excepté dans les cas spécialement exceptés, et sans égard à l'antériorité de la possession d'aucune des parties intéressées.

Cet article 2130 déclare entr'autres choses, que les droits ont rang suivant la date de leur enregistrement, hors les cas mentionnés dans les deux premiers paragraphes et celui des articles 2088 et 2094. Les parties en cette cause ne se trouvent pas dans les exceptions indiquées.

L'article 2130 § 5, veut encore que, " lorsque un titre d'ac-" quisition et un titre créant hypothèque relativement au " même immeuble sont entrés en même temps, la priorité " du titre établit le droit de préférence."

Cela confirme la règle que s'ils ne sont pas entrés ou enregistrés le même jour, celui des deux qui aura été enregistré le premier devra avoir la préférence.

L'article 2098 veut aussi, que le titre d'acquisition, qui n'a pas été enregistré ne puisse être opposé à un tiers qui a acquis le même immeuble, du même vendeur, pour valeur, et dont le titre a été enregistré ; et que jusqu'à ce que l'acquéreur ait fait enregistrer son titre, l'enregistrement de

toute cession, transport, hypothèque, ou droit réel par lui consenti et affectant l'immeuble est sans effet, ce qui équivaut à dire que l'acquéreur ne peut conférer aucun droit réel sur les immeubles qu'il a acquis tant qu'il n'a pas fait enregistrer son titre ou droit de propriété. S'il ne peut conférer aucun droit réel tant qu'il n'a pas fait enregistrer son titre, c'est que de fait, il n'a acquis aucun droit de propriété qu'il puisse opposer à ceux qui ont acquis à l'encontre de son vendeur quelque droit sur l'immeuble et qui ont fait enregistrer leurs titres.

L'article 2036 énonce la même règle en disant que " l'hy-
" pothèque judiciaire acquise depuis le trente et unième jour
" de décembre 1841, jusqu'au premier septembre 1860, n'a
" d'effet que sur les biens que possédait le débiteur au temps
" où le jugement a été rendu ou l'acte judiciaire exécuté."

Ici l'hypothèque judiciaire est postérieure au premier de septembre 1860. Elle n'est donc pas affectée par la restriction contenue dans cet article, et elle peut affecter des immeubles qui ne sont plus en la possession du débiteur, mais dont l'aliénation n'a pas été complétée par l'enregistrement, et qui d'après les régistres du bureau d'enregistrement sont encore censés lui appartenir.

Toutes ces dispositions ont eu pour objet de perfectionner le système hypothécaire de manière à donner le plus de garantie possible à ceux qui sur la foi des inscriptions aux bureaux d'enregistrement acquièrent des droits réels de ceux qui y sont portés comme propriétaires d'immeubles, sans égard à ceux dont les droits n'y sont pas constatés par l'enregistrement de leurs titres.

Cette règle peut être rigoureuse et donner lieu dans certains cas à des injustices, mais elle est nécessaire pour la sûreté des transactions hypothécaires, et ne cause de préjudice qu'à ceux qui ont négligé de se conformer aux exigences des lois d'enregistrement.

Quant à la prétention que l'intimée ayant fait enregistrer son acte d'acquisition dans les trente jours de la vente, l'en-

registrement doit d'après l'article 2100 avoir le même effet que s'il avait eu lieu le jour même de la vente, elle est mal fondée.

L'enregistrement d'un acte d'aliénation dans les trente jours de sa date ne protège que les droits du vendeur, donateur ou échangiste, et cet enregistrement n'a pas d'effet rétroactif en faveur de l'acquéreur. (Art. 2100 C. C.)

Il faut donc dire que l'appelant ayant fait enregistrer son hypothèque avant que l'intimée ait fait enregistrer son titre d'acquisition, c'est l'appelant qui doit avoir la préférence et que son action hypothécaire est bien fondée.

Le jugement de la Cour Inférieure est infirmé.

Ramsay, J.—The appellant obtained judgment against one Payet for $35 and costs, on the 13th December, 1877. On the 17th December, 1877, the said judgment was enregistered against the property mentioned in the declaration "as appearing to be the property and in the possession of the said Payet," as it is contended within the terms of Art. 2121 C. C. "The judgments and judicial acts of the Civil Courts confer hypothecs when they are registered, from the date only of the registration of a notice specifying and describing *the immoveables of the debtor* upon which the creditor intends to exercise his hypothec." On the night which followed the rendering of the judgment, that is the night of the 13th to the 14th of December, 1877, Payet left his home with all his moveables, and has not since been heard of. Subsequently appellant found respondent in possession of the premises, and as she would not pay his claim he sued her hypothecarily as *tiers détenteur*. To this action respondent pleaded that she had purchased the land in good faith and paid for it on the 20th November, 1877, and that she had registered her title on the 20th December of the same year, and that, consequently, when the judgment against Payet was rendered on the 13th December, he was not owner of the land in question. In support of her pretension she produced a deed *sous seing privé*, which was supported by parol testi-

mony. It is now contended that this parol testimony was not admissible, and that therefore the judgment of the Court below should be reversed. I don't think we can look at any question of evidence on this appeal. From the way in which it has come up, we can only look at the law. We could not safely say that evidence which we do not see is irregularly taken. But in any case it seems the *sous seing privé* deed for the sale of lands in the Townships makes proof if supported by parol testimony, and if so it must be sufficient to fix its date by oral evidence.

The case is argued in appellant's *factum* as a question of fraud. There appears to be no suggestions of fraud so far as I can see, but one simply of law, that is to say, whether the unregistered title of the purchaser is to be defeated by the registration of a judicial hypothec subsequent to the sale.

I may at once say that I do not think the first portion of Art. 2100 C. C. affects the case. The thirty days given for registration is in favor of the vendor. It may perhaps be asked why it or some other delay was not also given in favor of the purchaser, but the answer is the law has so willed it, and has made rules applicable to registration where a delay is specially allowed and where it is not. It was primarily the duty of the purchaser to register. That would have given effect to her title and ensured its priority (2082). But if no penalty is attached to her failure to register, then her title being perfect must prevail (1025). In default of such registration her title of conveyance could not be invoked against any subsequent purchaser who had registered his title (2098), provided the two purchasers had a common *auteur* (2089). There is no article which declares, in so many words, that the hypothec required and registered subsequently to the sale shall take precedence of the unregistered conveyance; but in Art. 2130 we find that "if a deed of purchase and a *deed* creating a hypothec, both affecting the same immoveable, be entered at the same time,

the more ancient deed takes precedence." This seems to imply that if they were entered at different times the first registered would take precedence. Otherwise the rule would be of no use. In the absence, however, of a special article, it is not without doubt whether a Court should extend its discretion to interpret legislative enactments so as to introduce a totally new rule of law. I am inclined, however, to think that in a case where there is a rule of an analogous character, containing precisely the principle invoked, and a further disposition seeming to imply that it was the intention of the Legislature to include the case not specially provided for, it is competent to the Courts to interpret the law so as to include it.

But this does not decide the case. The point on which it turned in the Court below was, that as this was a judicial hypothec it could only attach to property possessed at the time when the judgment was rendered. This was not a difficulty before the Code, but now, it appears, that this distinction only applies to judgments before 1st September, 1860 (2036). We therefore have one article (2034) expressing the law as to the hypothec of judgments generally ; then we have a provision as to their effect before the 31st December, 1841 (2035), and again another as to their effect between this date and the 1st September, 1860, but none as to those since. How do they attach ? This is provided for by the article already cited (2121). But here another difficulty arises ; they only attach on a notice " specifying *the immoveables of the debtor*." Was the immoveable in question an immoveable of the debtor on the 17th December, 1877, when the registration took place ? If not, are we to extend the interpretation we have given to the law, on the strength of 2130 to judicial hypothecs ? The English version uses the word "deed," which would seem to exclude a judgment supplemented by a notice specifying and describing the immoveables. A deed is an instrument in writing comprehending an agreement or contract. It is somewhat more circumscribed than an " *acte*"

in French. But this difficulty is avoided by the French version of the Code, which uses the generic word *titre*, and curiously enough in the English version, the word title is used in an exactly analogous case immediately preceding the one quoted in the same article. I am therefore disposed to think now that the alteration of the law in the Code, which was not mentioned at the bar, and probably not brought before the learned judge in the Court below, is in favour of appellant, and that the judgment should be reversed.

The judgment is as follows :—

"Considering that the judgment which the appellant obtained on the 13th day of December, 1877, against Jean-Baptiste Payet, was duly registered on the 17th of December, 1877, with a notice describing the property thereby affected as required by Art. 2026;

"And considering that the deed of sale *sous seing privé* by the said Jean Baptiste Payet to the respondent of the 20th day of November, 1877, although anterior in date to the said judgment, was only registered after the said judgment had been registered, to wit, on the 20th December, 1877;

"And considering that, according to Article 2130, real rights which are subject to registration, other than those therein excepted, take their rank according to the date of their registration, and that neither the judgment obtained by the appellant against the said Jean Baptiste Payet, nor the deed of sale by the said Jean Baptiste Payet to the respondent, fall within any of the exceptions mentioned in said article;

"And considering that from the dispositions contained in Articles 2036, 2080, 2098, 2120 and 2130, the said appellant has acquired a judicial *hypothèque* on the property described in the declaration in this cause, from the date of the registration of the said judgment and notice describing the said property;

"And considering that by virtue of Articles 1027 and

1472 of the Civil Code, the respondent, in the absence of registration of her deed of purchase, acquired no title to the said property as against the said appellant who had registered his judgment prior to the registration of her said deed of purchase;

" And considering that there is error in the judgment rendered by the Circuit Court, sitting at Sherbrooke, on the 14th day of October, 1878;

" This Court doth reverse the said judgment of the 14th day of October, 1878, and doth condemn the respondent to pay to the appellant the costs on the present appeal, and rendering the judgment which the said Circuit Court ought to have rendered, doth declare the piece or parcel of land described in the declaration as follows, to wit [the description follows], to have become and to be bound, affected and hypothecated for and to the payment of the sum of $35 and interest from the 8th day of October, 1877, and costs incurred in the said Circuit Court, and the said respondent is hereby condemned to quit, deliver up and abandon the said immoveable within 15 days of the service upon her of the present judgment, in order that the same be sold, according to law, upon the curator to be appointed to the *délaissement*, the proceeds of the sale thereof to be applied to the payment of the said sum of $35, with interest on said sum of $35 from 8th October, 1877, and costs of suit, unless the said respondent prefers to, and do pay to the said appellant the said sum of $35, interest as aforesaid, and costs of suit, and in default of the said respondent to quit and abandon the said immoveable and to pay the said sum, interest as aforesaid, and costs, within the delay aforesaid, doth condemn the said respondent to pay and satisfy to the said plaintiff the said sum of $35, with interest on the said sum of $35, from the 8th October, 1877, and costs incurred in the said Circuit Court. (The Hon. Mr. Justice Monk dissenting.)"

[ARTICLE 2100.]

7 Déc. de Québec, p. 81. *C. S. Montmagny. McCord, J.*, 1881. *Chrétien et Poitras.* } HELD: — That the hypothec granted by a purchaser and registered before the registration of his title to the immoveable hypothecated will rank after the vendor's privilege although the latter was registered after the 30 days.

Per curiam.—The plaintiff Mrs. Chretien is the universal legatee of her first husband Damase Caouette who, by deed of 7th May 1872, sold the immoveable executed upon in this cause to Joseph Dubé from whom it was acquired by the defendant.

On the 31st December 1872, Dubé hypothecated the property in favor of Cloutier, the contestant, and the hypothec was registered on the same day.

The sale from Caouette to Dubé was not registered until 15th September 1879.

The plaintiffs have been collocated in preference to Cloutier, that is to say the vendor's claim under the sale of 7th May 1872, registered 15th September 1879, has been preferred to the hypothec granted and registered on 31st December 1872.

The pretension set up by the contestation is that the *bailleur de fonds* claim of the plaintiffs not having been registered within the 30 days, and the hypothec of the contestant having been registered first, the latter should be preferred. And the question is, can this pretension hold good in the face of article 2098 C. C.?

This is precisely the question that was raised in the case of *Pacaud* v. *Constant*, and decided in Review by the Chief Justice, Mr. Justice STUART and myself, (4. Q. L. R. p. 94), and although I have again examined it and carefully considered the reasons given for the decision in the case of *Begin*, Insolvent (6. Q. L. R., p. 52) which are urged by the counsel for the contestant as being applicable to the present case, I have been unable to come to any other conclusion than the one I came to in *Pacaud* v. *Constant*.

I cannot see that article 2043 has any application to this

case. It says that " a hypothec granted by a debtor upon " an immoveable of which he has possession as proprietor " but under and sufficient title, takes effect from the date of " its registration if he subsequently obtain a perfect title to " it, saving the rights of third parties."

When Dubé granted a hypothec to Cloutier, his title was not insufficient, it was merely unregistered. Either a sufficient or an insufficient title may be registered, and either may be unregistered.

The codification commissioners say in their reports (Vol. 3, p. 58) that this article " contemplates certain persons who " hold property without having yet obtained a title to it ; " such as the occupants of land under location tickets and others." Dubé, evidently, was not one of the persons contemplated. His title at the time was a sufficient title, not registered. It is true that without registration his title could not be invoked against a subsequent purchaser of the same immoveable for a valuable consideration and whose title was registered, but it was a sufficient title for all that, and could be invoked, for instance, against subsequent purchasers whose title was not registered, and even against a donee whose title had been registered. Registration moreover is merely a subsequent formality required to give a title certain effects. The title is a title before it is registered, and the registration is no part of it.

Article 2043 speaks of insufficient titles irrespectively of their registration, and if, in any case to which that article might apply, the insufficient title was not one of those exempt by law from the formality of registration, I see nothing in the article to enable the holder of an insufficient title to grant a hypothec that would have effect before the registration of that title as required by article 2098.

Article 2043 is old law and cannot have been intended to interpret or limit the provision of new law contained in article 2098. This provision is in the following terms : " So long as the right of the purchaser (*acquirer*) has not

" been registered, all conveyances, transfers, hypothecs or " real rights granted by him in respect of such immoveable " are without effect." It seems to me clear that if the hypothec is to be without effect *so long as* the right of the purchaser has not been registered, the effect of the hypothec only commences *after* such registration.

Now the registration of the purchaser's right is at the same time, necessarily, the registration of the vendor's privilege, and as the hypothec takes effect afterwards, the vendor's privilege is in point of law the first registered. But even supposing both registrations to have taken place at the same time, the more ancient deed would take precedence. I would even go further and say that the hypothec not being registered *before* the vendor's claim, that claim had not lost its privilege, as against the hypothec, and was entitled to preference on that account also.

The counsel for the contesting party contended at the hearing that the vendor by not registering within the 30 days had lost his privilege. It is true that in consequence of his deed not being registered within that time he cannot claim his privilege against persons registering their rights *before* him, but the delay was fixed in his favor and can never have the effect of restricting the duration of his privilege as against persons who have not registered their right before him. In the present case, Cloutier did not register *a right* before the registration of the vendor's privilege, because he had no *right* until after that privilege was registered, and his registration cannot be deemed anterior to his right. It can only be considered as a registration dating from the date of the legal existence of his right, which follows the registration of the vendor's privilege.

Article 2098 does not in my opinion create a suspensive condition, as was contented at the argument; it says in other words that Cloutier's hypothec could have no effect until Dubé's title was registered, but either Dubé or Cloutier could at any time cause this registration to take place and

the very object of this provision of the article was to compel that registration. This condition of registration, imposed by law, is therefore not a suspensive condition. If it can be called a condition at all, it can only at the most be a *condition potestative* and its fulfilment would not have a retroactive effect. But in reality it is not a condition, *i. e.*, "an event future and uncertain," upon which an obligation is made to depend. On the contrary Dubé and Cloutier both knew, legally speaking, that to give effect to their hypothec they had to cause the registration of Dubé's title and there was an implied undertaking to do so. There was not the slightest intention on the part of either party to make it an ingredient in their contract that the hypothec should be without effect if the title was not registered ; not the slightest intention of contracting a conditional obligation. The intention was to create a hypothec and the intention consequently was also to register the title. The registration of the title would not be the fulfilment of a suspensive condition nor of a condition at all in the sense which attaches to conditional obligations ; it would simply be the fulfilment of a condition in this sense that it would be a compliance with the requirements of the law. This same article 2098 says that all acts *inter vivos* conveying ownership of an immoveable must be registered to be invoked against subsequent purchasers, but it surely could not be said that in all these acts the ownership is therefore conveyed under a suspensive condition.

But let it even be considered that Cloutier obtained a hypothec under a suspensive condition and that the fulfilment of that condition had a retroactive effect, that retroactive effect, according to the special reservation of article 2043 would not affect third parties ; in other words it would only operate against Dubé, the party granting the hypothec and not against Caouette and the plaintiffs who as regards this hypothec are evidently third parties.

The counsel for the contesting party, founding himself upon the reason given in the judgment *in re Begin* which he

has cited, contends that the position of creditors acquiring a hypothec from a debtor before he has registered his title is analogous to that of creditors under the old law acquiring hypothecs upon the future property of their debtor.

There is no doubt analogy in this that the hypotbec is made to depend upon a future event, but there the analogy ceases, and a wide difference is to be seen in the fact that, in one case, the future event, the acquisition of future property, is really a *condition suspensive*, an event not only future but uncertain and not within the control of the debtor, still less under that of the creditor, while, in the other case, the future event is the fulfilment of a requirement of the law, within the power not only of the debtor but of the creditor, and as I have already said is *not a condition suspensive.*

But, even supposing that the analogy were complete, it would not apply in this case, although it might in the *Begin* case, because the position referred to is the position of the creditors towards each other, and not their position towards the unpaid vendor from whom their debtor might have acquired the future property. It is evident that even under the old law their hypothec could not take effect to the detriment of the claim of the unpaid vendor. Here the analogy would operate against the contestant's pretensions instead of being favorable to them.

According to the law as it now stands, both the vendor and the subsequent creditors are presumed to know that the purchaser's title must be registered before any hypothec granted by him can take effect. The vendor has a right to rely upon this state of the law and to consider himself safe, even without registration, against the wrongful giving to others by the purchaser of rights which the latter had convenanted should belong to the vendor. The creditors, on the other hand, suffer no injustice in not being allowed to secure themselves, out of what belongs to the vendor, for anything that may be due them by the purchaser.

Upon the whole, as I have already said, I see no reason to change the opinion I held in the case of *Pacaud* v. *Constant*, when I concurred in the strong reasons given by the Chief Justice in rendering the judgment of the Court of Review. I may on the contrary add that the further examination of the question involved has strengthened my conviction of the correctness of that judgment.

The contestation will be dismissed.

JUGEMENT.—Considérant que lors de la passation, aussi bien que lors de l'enregistrement de l'acte, par lequel Joseph Dubé consentit en faveur du contestant Joseph Cloutier l'hypothèque pour laquelle ce dernier demande à être colloqué, le titre d'acquisition en vertu duquel le dit Dubé avait acquis de Damase Caouette (aux droits duquel se trouvent les demandeurs) n'était pas enregistré et que ce titre a été enregistré le 15 septembre 1879 ;

Considérant que par conséquent et par suite de la dernière disposition de l'article 2098 du code civil, la dite hypothèque et l'enregistrement d'icelle n'ont eu effet qu'après l'enregistrement du titre d'acquisition, lequel enregistrement, bien que fait après les trente jours, a donné effet à l'hypothèque et privilége du dit Caouette à l'encontre de toute autre hypothèque non antérieurement enregistrée ;

Considérant que même si l'enregistrement du titre et celui de l'hypothèque devaient être considérés comme ayant eu leur effet simultanément, la créance du vendeur aurait droit à la préférence, et à cause de la priorité de son titre et à cause de son privilége ;

Renvoie la contestation du dit Joseph Cloutier, avec dépens distraits au procureur du demandeur.

2101. [Tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte d'aliénation ou autre titre de transmission d'un immeuble enregistré ou admettant le droit de réméré ou de révocation, doit être enregistré au long dans les trente jours à compter de sa prononciation.]

2101. [All judgments declaring the dissolution, nullity, or rescission of a registered deed of conveyance or other title by which an immoveable has been transmitted, or permitting the exercise of a right of redemption or of revocation, must be registered at length within thirty days after they are rendered.]

2102. [L'action résolutoire en faveur du vendeur, faute de paiement du prix, suivant l'article 1536, ne peut être exercée contre les tiers, si la stipulation n'en a pas été enregistrée.

Il en est de même du droit de réméré.]

2102. [The action of the vendor to have the sale dissolved by reason of the non-payment of the price, according to article 1536, cannot be brought against third parties, if the stipulation to that effect have not been registered.

The same rule applies to the right of redemption.]

2103. Le privilége du constructeur ne date que du jour de l'enregistrement du procès-verbal constatant l'état des lieux

2103. The privilege of the builder dates only from the registration of the statement establishing the condition of the pre-

tel que requis au titre *Des Priviléges et Hypothèques*, et il n'a d'effet à l'égard des autres créanciers enregistrés, que par l'enregistrement du second procès-verbal constatant l'évaluation et la réception des ouvrages faits, dans les trente jours à compter de sa date.

mises, as required in the title *Of Privileges and Hypothecs*, and takes effect against other registered claims by means only of its registration within thirty days after the date of the second statement establishing the valuation and acceptance of the works done.

---

* *C. N.* 2110. } Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages, et ceux qui ont, pour les payer et rembourser, prêté les deniers dont l'emploi a été constaté, conservent, par la double inscription faite, 1° du procès-verbal qui constate l'état des lieux ; 2° du procès-verbal de réception, leur privilége à la date de l'inscription du premier procès-verbal.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37 s. 26, § 4. } 26. Les créanciers privilégiés dont les réclamations devront être enregistrées dans le but de conserver leur priorité d'hypothèque à cet égard, sont les suivants :

4. Les architectes, constructeurs ou autres ouvriers employés à la construction, reconstruction ou réparation de bâtisses, canaux ou autres édifices et ouvrages ; pourvu qu'il ait été fait un procès-verbal par un expert nommé par un juge de la cour supérieure du district dans lequel les bâtisses ou les lieux sont situés, constatant l'état des lieux à l'égard des travaux qui doivent être faits ; et pourvu aussi que dans les six mois à compter de leur achèvement, les dits ouvrages aient été acceptés et reçus par un expert nommé de la même

manière ; et pourvu aussi que le privilége en pareil cas ne s'étendra en aucune instance au-delà de la valeur constatée et établie par le dit second procès-verbal, et sera réductible au montant de l'accroissement de valeur donnée aux lieux par tels ouvrages à l'époque de l'aliénation des immeubles sur lesquels les dits ouvrages ont été faits ou les bâtisses construites.

Voy. *Sts. Ref.*, ch. 37, s. 27, § 2, cités sur art. 2104.

De Bellefeuille, sur art. 2103. } Jurisp.— 1. A builder is without privilege on the proceeds of real estate, if he has not complied with the formalities prescribed by 4 Vict., c. 30, ss. 31 et 32, (C. S. L. C., pp. 352-3,) requiring a *procès-verbal* to be made before the work is begun ; establishing the state of the premises in regard of the work about to be made ; requiring also a second *procès-verbal* within six months after the completion of the work, establishing the increased value of the premises ; requiring also that the second *procès-verbal* establishing the acceptance of the work, be registered within thirty days from the date of such second *procès-verbal*, in order to secure such privilege.— Clapin vs Nagle, VI L. C. J., 196.

2. Un individu qui a avancé des deniers pour la coustruction d'un mur mitoyen entre lui et son voisin, ne pourra réclamer un privilége, sur vente par décret de l'héritage voisin, à l'encontre des créanciers hypothécaires sur tel héritage, s'il n'a observé les formalités voulues par la loi des enregistrements, S. R. B. C., ch. 37, s. 26, § 4, et ce quoique la valeur de l'héritage ait été augmentée par la construction de tel mur.—Stillings vs McGillis, XII L. C. R., 129.

2104. Le privilége des copartageants, tant pour soulte que pour les autres droits résultant du partage, se conserve par l'enregistrement de l'acte de partage dans les trente jours de sa date.

2104. The privilege of copartitioners, as well for the payment of differences as for the other rights resulting from partition, is preserved by the registration of the deed or partition within thirty days from its date.

---

* *C. N.* 2109. } Le cohéritier ou copartageant conserve son privilége sur les biens de chaque lot ou sur le bien licité, pour les soulte et retour de lots, ou pour le prix de la licitation, par l'inscription faite à sa diligence, dans soixante jours, à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation ; durant lequel temps aucune hypothèque ne peut avoir lieu sur le bien chargé de soulte ou adjugé par licitation, au préjudice du créancier de la soulte ou du prix.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 26, § 3, *sec.* 27. } 26. Les créanciers privilégiés dont les réclamations devront être enregistrées dans le but de conserver leur priorité d'hypothèque à cet égard, sont les suivants :

3. Les co-héritiers et co-partageants, sur et à l'égard des immeubles de la succession, et des immeubles par eux possédés en commun, pour l'exécution de la garantie incidente au partage fait entre eux, et pour la différence et soulte et retour pour suppléer à l'inégalité des lots compris dans le partage.

27. Dans les cas indiqués plus haut de partage d'immeubles entre co-héritiers et co-partageants, et aussi de ventes par licitation à leur demande, le privilége des co-héritiers ou co-partageants, pour la différence ou soulte et retour comme

susdit, et du prix de la vente par licitation, demeurera et sera conservé à compter du jour du partage ou de la vente par licitation, pourvu que ce privilége ait été enregistré dans les trente jours à compter de ces époques respectivement, pendant lequel temps il ne sera établi ou créé aucune hypothèque sur les immeubles chargés des demandes pécuniaires maintenant mentionnées, ou d'aucune d'elles, au préjudice du créancier de la différence, ou soulte et retour, ou de tel prix de vente :

2. Dans les cas où le privilége des architectes, constructeurs et ouvriers, et des prêteurs des deniers employés au paiement des ouvriers, est reconnu comme susdit, le dit privilége datera du jour de l'enregistrement du premier procès-verbal constatant l'état des lieux pourvu que le second procès-verbal constatant l'acceptation de l'ouvrage, ait été enregistré dans les trente jours à compter de la date du dit second procès-verbal ;

3. Et dans le cas de créanciers ou légataires qui demandent, ou ont le droit de demander la séparation des biens de leur débiteur décédé, ou d'un testateur décédé, de ceux de son héritier ou représentant légal, l'hypothèque, les droits et l'intérêt que les dits créanciers et légataires peuvent avoir sur et à l'égard des biens du dit débiteur ou testateur, seront conservés, et auront leur pleine force et effet, pourvu que les dits droits soient enregistrés pour et à l'égard des dits biens dans les six mois à compter du décès du débiteur ou testateur ; et pendant la dite période de six mois il ne sera établi ou créé par l'héritier ou représentant légal du débiteur ou testateur, aucune hypothèque sur les dits biens, et il n'en sera non-plus acquis aucune, au préjudice de tels créanciers ou légataires.

2105. Le même délai est accordé pour l'enregistrement des droits et priviléges des cohéritiers ou colégataires résultant des actes ou jugements de licitation.

2105. The same delay is allowed coheirs and colegatees for the registration of the rights and privileges accruing to them under acts or judgments of licitation.

Voy. autorités sur art. 2104.

2106. Les créanciers et légataires qui demandent la séparation de patrimoine conservent la préférence sur les biens de leur débiteur décédé, à l'encontre des créanciers des héritiers ou représentants légaux de ce dernier, pourvu qu'ils enregistrent dans les six mois du décès de leur débiteur les droits qu'ils ont contre sa succession.

Cet enregistrement se fait au moyen d'un avis ou bordereau énonçant la nature et le montant de leurs créances et désignant les immeubles qui peuvent y être affectés.

2106. Creditors and legatees claiming separation of property preserve a right of preference upon the estate of their deceased debtor, against the creditors of the heirs or legal representatives of the latter, provided they register within six months after the death of their debtor the rights which they have against his succession.

Such registration is effected by means of a notice or memorial specifying the nature and amount of their claims and describing any immoveables affected thereby.

---

* *C. N.* 2111. } Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'art. 878, au titre *des Successions*, conservent, à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, leur privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession.

Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentants, au préjudice de ces créanciers ou légataires.

Voy. *Sts. Ref.*, ch. 37, s. 27, § 3, cités sur art. 2104.

---

12 *Rev. Lég., p.* 11, *C. S. M.*, 1881. *Rainville, J., Bachand et Bisson.* } JUGÉ :—Qu'aux termes de l'article 743 C. C., le droit à la séparation des patrimoines constitue un privilége, et peut être exercé sur les biens existant dans les mains des héritiers ou légataires universels, et même sur le prix de l'aliénation, s'il en est encore dû, et qu'aucune demande judiciaire, soit principale soit incidente, n'est nécessaire pour donner droit aux créanciers à cette séparation, leur privilége pouvant être exercé sur la distribution des deniers provenant de la succession du défunt, sans aucune action, mais simplement par opposition ;

Que la séparation des patrimoines est un privilége aux termes de l'article 1983 et 1990 C. C. ;

Que le privilége sur les meubles se conserve, sans formalité, tant que les biens meubles de la succession du défunt peuvent être distingués de ceux de l'héritier ;

Que l'inscription aux termes de l'article 2106 C. C. n'est requise qu'à l'égard des immeubles, en autant que les dits immeubles doivent être spécialement désignés, et on ne saurait appliquer ces dispositions à l'égard des meubles ;

Qu'aux termes de l'article 1714 C. C., le mandataire doit l'intérêt sur les deniers du mandant qu'il a employés à son usage personnel, à dater de cet emploi.

Jugement :

La Cour après avoir entendu le défendeur et l'intervenant, par leurs avocats, sur l'intervention du dit Léonard Bisson,

et la contestation d'icelle, par le dit demandeur, le défendeur ayant comparu et déclaré ne pas contester la dite intervention, et le tiers-saisi ayant de son côté, déclaré qu'il s'en rapportait à la justice, au sujet de la dite intervention qui lui a été dûment notifiée, avoir examiné la procédure et les pièces produites et délibéré ;

Attendu que sur jugement par lui obtenu contre le défendeur, le demandeur a pris une saisie-arrêt ès-mains du tiers-saisi ;

Attendu que ce dernier a déclaré devoir à feue Dame Esther Longtin, veuve de feu Alexis Bisson, une somme de trois ou quatre cent cinquante piastres, sans pouvoir préciser, alléguant en même temps que la dite Dame Bisson était décédée mais qu'il ne savait pas quels étaient ses héritiers, ni à qui payer. Attendu que, d'après les documents produits, il appert que la dite somme est due au défendeur comme légataire de sa mère la dite Dame Esther Longtin, en vertu du testament de cette dernière, reçu le vingt-huit novembre, mil huit cent soixante et sept, devant Mtre Gohier, notaire et témoins.

" Attendu que l'intervenant allègue, dans son intervention, qu'il était créancier du dit défendeur, pour une somme de cinq cents piastres, en vertu d'un acte de donation daté du vingt-huit avril mil huit cent cinquante-huit, consenti par la dite Dame Esther Longtin, en faveur du défendeur, devant Bédard et confrère, notaires, et qu'en vertu d'une procuration par lui donnée à sa dite mère, cette dernière retira la dite somme de cinq cents piastres du dit défendeur et lui en donna quittance, par acte du vingt-sept novembre mil huit cent soixante-et-quatorze, et que sa dite mère ne lui a jamais remis la dite somme, que la somme due par le tiers-saisi était la balance du prix de vente d'un immeuble vendu par la dite Dame Longtin au dit tiers-saisi, et qu'il avait droit d'être payé sur la dite somme de préférence aux créanciers du défendeur, légataire universel de sa dite mère ; Attendu que le dit demandeur a contesté la déclaration du

dit tiers-saisi, et que, par jugement rendu sur la dite contestation, le vingt-et-un juin mil huit cent soixante-et-dix-huit, il est déclaré que le dit tiers-saisi est débiteur du défendeur, en sa qualité de légataire universel de sa mère, en une somme de cinq cents piastres; Attendu que le demandeur conteste la dite intervention, invoquant le fait que l'intervenant n'a pas demandé la séparation des patrimoines ;

" Considérant qu'aux termes de l'article 743 du Code Civil, le droit à la séparation des patrimoines constitue un privilége, et peut être exercé sur les biens existant dans les mains des héritiers ou légataires universels, et même sur le prix de l'aliénation, s'il en est encore dû ;

" Considérant qu'aucune demande judiciaire, soit principale, soit incidente, n'est nécessaire, pour donner droit aux créanciers à la séparation des patrimoines, et que leur privilége peut être exercé sur la distribution des deniers provenant de la succession du défunt, sans aucune action, mais simplement par opposition ; en demandant d'être payé par préférence aux créanciers personnels des héritiers ou légataires ; ce que le dit intervenant a fait par les conclusions de son intervention :

" Considérant que la séparation est un privilége aux termes des articles 1983 et 1990 du Code Civil ;

" Considérant que le privilége sur les meubles se conserve, sans formalité, tant que les biens-meubles de la succession du défunt peuvent être distingués de ceux de l'héritier ;

" Considérant que l'inscription aux termes de l'article 2106 de notre Code n'est requise qu'à l'égard des immeubles, en autant que les dits immeubles doivent être spécialement désignés, et qu'on ne saurait appliquer ces dispositions à l'égard des meubles ;

" Considérant qu'aux termes de l'article 1714 du Code Civil, le mandataire doit l'intérêt sur les deniers du mandant qu'il a employés à son usage personnel, à dater de cet emploi ;

" Considérant que la dite Dame Longtin est présumée avoir employé la dite somme de cinq cents piastres, en autant qu'elle ne l'a pas laissée dans sa succession, et qu'elle n'avait, lors de sa mort, aucune somme de deniers comptants ;

" Déboute le demandeur de sa contestation, et maintient les conclusions de l'intervention, déclare le dit défendeur, en sa qualité de légataire universel de sa mère, débiteur du dit intervenant de la somme de cinq cents piastres avec intérêt du vingt-sept novembre mil huit cent soixante-et-quatorze, et le condamne à lui payer la dite somme de cinq cents piastres, avec intérêt du vingt-sept novembre mil huit cent soixante-et-quatorze, et ordonne au tiers-saisi, Raphaël Trudeau, de payer au dit intervenant Léonard Bisson, sous quinze jours de la signification de ce jugement, la somme déclarée due par lui,savoir, la somme de cinq cents piastres,avec intérêt sur icelle, à compter du premier mars mil huit cent soixante-et-dix-huit,date de la déclaration du dit tiers-saisi,jusqu'au paiement, et les dépens de la présente contestation, auxquels la Cour condamne le dit contestant, et dont distraction est accordée à MM. A. & W. Robertson, avocats de l'intervenant;

" Et au paiement de la dite somme de cinq cents piastres, avec intérêts et dépens, comme susdit, sera le dit tiers-saisi Raphaël Trudeau, sur paiement d'une piastre et cinquante centins, sa taxe, tenu et contraint par toutes voies que de droit, quoi faisant, valablement libéré du dit arrêt."

---

12 *Rev. Lég.*, *p.* 440, *C. S. M.*, 1883. *Mathieu, J.*, *Pangman et Pauzé.* } JUGÉ : Que les sections 3 et 4 du chapitre 20 des Statuts de Québec de 1875, 38 Victoria, qui permettent aux propriétaires de seigneurie de vendre et transporter les rentes constituées représentant les cens et rentes, en les désignant sous le nom que porte la seigneurie, sans désignation séparée des immeubles, sur lesquels sont assises ces rentes, comprennent le droit de les hypothéquer.

Qu'une hypothèque constituée par le propriétaire d'une seigneurie après la mise en force du cadastre, constitue une hypothèque sur les

rentes constituées; ces rentes constituées étant connues dans le public comme constituant la seigneurie.

Que les créanciers qui demandent la séparation de patrimoine ne conservent la préférence sur les biens de leur débiteur que s'ils ont enregistré leurs droits dans les six mois du décès de leur débiteur, conformément à l'article 2106 Code Civil.

Jugement :

La Cour, après avoir entendu les parties, par leurs avocats et procureurs respectifs, sur le mérite de la contestation du dit contestant de la collocation de Dame Bertha Elizabeth Buchanan, portée à l'item 17 de l'ordre de distribution préparé par le protonotaire de cette Cour et affiché le 8 janvier dernier, avoir examiné la dite collocation et la contestation de la dite collocation, et tout le dossier de la procédure, et les pièces produites, dûment considéré la preuve, et sur le tout mûrement délibéré;

Attendu que la dite Dame Bertha Elizabeth Buchanan, veuve de John Henry Pangman, est colloquée par l'item 17 du dit projet de collocation et de distribution, pour la somme de $6622, montant de sa créance fondée sur son contrat de mariage entre la dite Dame Bertha Elizabeth Buchanan et le dit John Henry Pangman, passé devant Grffin, notaire, le 18 septembre 1867, et enregistré le 27 janvier 1868, étant pour le capital et les arrérages d'une rente annuelle et viagère de $400 courant, constituée en sa faveur par le dit John Henry Pangman, dans et par le dit contrat de mariage.

Attendu que le dit demandeur contestant allègue dans sa contestation qu'il a le droit d'être colloqué par privilège sur les deniers distribués, pour une somme de $9032.99, en vertu de son droit à la séparation du patrimoine de son père, feu John Pangman, d'avec celui de feu John Henry Pangman, qui est représenté par le défendeur ès-qualité ; que le demandeur est en outre créancier du défendeur ès-qualité pour une somme excédant $5,000, tant en vertu du jugement par lui obtenu en cette cause qu'en vertu d'un contrat de prêt intervenu entre lui et le dit John Henry Pangman; que le demandeur contestant n'est colloqué par le dit jugement de

distribution que sous la condition d'un cautionnement très onéreux, et pour une somme de $2903 seulement; que la dite Bertha Elizabeth Buchanan est colloquée pour la somme de $6622, sans droit, et qu'elle n'a aucun droit de préférence, de privilège ou hypothèque sur les deniers distribués par le dit jugement de distribution; que par son contrat de mariage passé le 18 septembre 1867, à Montréal, devant Griffin, notaire, John Henry Pangman n'aurait en aucune manière hypothéqué les rentes constituées, représentant les cens et rentes du fief et de la Seigneurie de Lachenaie, dont le prix est distribué par le dit ordre de distribution au paiement de la rente viagère ou annuité qu'il a établie par son dit contrat de mariage en faveur de la dite Bertha Elizabeth Buchanan; que le dit John Henry Pangman a donné hypothèque à la dite Bertha Elizabeth Buchanan pour sûreté de paiement de cette rente que sur un immeuble désigné comme suit, savoir : "Toute la Seigneurie de Lachenaie, bornée d'un côté par la Seigneurie de L'Assomption, de l'autre côté par la Seigneurie de Terrebonne, de l'autre côté par la Rivière Ottawa, et de l'autre côté par le Township de Kilkenny; qu'à la date de ce contrat de mariage, 18 septembre 1867, l'avis du dépôt des cadastres pour la Seigneurie de Lachenaie avait été publié dans la Gazette Officielle du Canada depuis le 31 Octobre 1862; qu'ainsi les droits seigneuriaux avaient été abolis dans la Seigneurie de Lachenaie, et chacun des immeubles qui composaient autrefois cette Seigneurie était devenu un immeuble séparé et distinct qui ne pouvait plus être hypothéqué que par une désignation spéciale et distincte chacun, conformément aux dispositions de la section 49, chapitre 41 des Statuts Refondus du Bas-Canada; que d'ailleurs les dites rentes constituées forment elles-mêmes autant d'immeubles séparés et distincts qu'il y a des débiteurs des dites rentes dans la Seigneurie de Lachenaie, et qu'hypothéquer collectivement en bloc la totalité des rentes de tout un fief ou d'une Seigneurie, ce serait hypothéquer un grand nombre d'immeubles sous une seule

et même désignation, et créer une hypothèque générale; que c'est en vertu des dispositions spéciales qui ne peuvent être étendues d'un cas à un autre, que la totalité des rentes de tout un fief peuvent être vendues en bloc, mais que ces dispositions spéciales de la loi relatives à la vente ne peuvent s'appliquer à l'hypothèque, et que la dite Bertha Elizabeth Buchanan n'a en conséquence jamais eu d'hypothèque sur les dites rentes; que d'ailleurs en supposant que la dite Bertha Elizabeth Buchanan ait jamais eu hypothèque sur l'immeuble dont le prix est distribué par le rapport de collocation en cette cause, elle a renoncé à la dite hypothèque en faveur de Joseph Olivier Lamarche, dans un acte d'obligation et transport consenti par le dit John Henry Pangman, au dit Lamarche le 9 janvier 1879; qu'à l'époque où le dit John Henry Pangman a consenti la dite obligation et le transport, il était notoirement insolvable à la connaissance du dit Joseph Olivier Lamarche, et que ce dernier ne peut acquérir d'hypothèque sur les meubles de Pangman, au préjudice du demandeur contestant et des autres créanciers que Pangman pouvait avoir à la date de la dite obligation contenant transport; que le demandeur était alors créancier du dit John Henry Pangman, ainsi qu'il appert à son opposition afin de conserver et au jugement par lui obtenu en cette cause; qu'en cédant au dit John Henry Pangman la préférence qu'il pouvait avoir sur le dit immeuble, la dite Bertha Elizabeth Buchanan s'est trouvée placée au rang de Lamarche lui-même et conséquemment sans droit hypothécaire sur l'immeuble, puisque Lamarche n'en avait aucun; et qu'en conséquence la dite Bertha Elizabeth Buchanan n'avait aucun droit hypothécaire sur les dites rentes constituées, et n'a en conséquence aucun droit de préférence sur le prix des dites rentes, et conclut à ce qu'il soit déclaré que la dite Bertha Elizabeth Buchanan n'a aucun droit de préférence sur les dits deniers distribués par le dit rapport de collocation et que le montant de sa collocation $6622 soit distribué de nouveau à qui de droit;

Considérant que la section 3 du chapitre 26 des Statuts de Québec de 1875, 38 Victoria, intitulé : "acte concernant les ventes, cessions et transports volontaires des rentes constituées représentant les droits seigneuriaux créés en vertu des cadastres seigneuriaux et de la signification des dites ventes, cessions et transports" décrète que les rentes constituées créées en vertu des cadastres faits sous l'autorité de l'acte Seigneurial Refondu, étant le chapitre 41 des Statuts Refondus pour le Bas Canada et des divers Statuts l'amendant, payables par les propriétaires de fonds, comme représentant les cens et rentes et autres droits casuels, ont pu, en vertu des lois en force en cette Province, ainsi que des Statuts cités dans le préambule du dit acte, savoir, l'acte Seigneurial Refondu susdit, tel qu'amendé par les actes de la Législature de la ci-devant Province du Canada, 27, 28 Victoria, chapitre 39 (notamment section 18) et 29, 30 Victoria, chapitre 30, et les actes de la Législature de la Province de Québec, 32 Victoria, chapitre 30, et 37 Victoria, chapitre 9, et pourront à l'avenir être vendues, cédées et transportées volontairement dans le Bas-Canada (maintenant la Province de Québec,) par un simple acte notarié en forme authentique, exécuté dans le Bas-Canada ou la Province de Québec, pardevant notaire, dans la forme usitée pour les ventes, cessions et transports en général ;

Considérant que par la section 4 du dit Statut, chapitre 26 des Statuts de Québec de 1875, il est décrété que les dites rentes constituées payables à tout Seigneur ou créancier d'icelles rentes, ou les droits de tout tel seigneur ou créancier en icelles rentes constituées, soit à titre absolu pour la vie, pour un nombre d'années ou pour la vie d'un autre ont pu et pourront être vendues, cédées et transportées volontairement, soit collectivement (c'est-à-dire en bloc, comprenant la totalité de ces rentes pour tout un fief ou Seigneurie, ou pour toute une partie de fief ou Seigneurie, possédée par tel seigneur ou créancier comme susdit), soit partiellement (c'est-à-dire pour une ou pour un plus grand nombre de ces

rentes constituées appartenant à tels propriétaires comme susdit), et que dans le cas de telle vente collective il n'a pas été et il ne sera pas nécessaire d'énumérer ou de décrire les lots de terre particuliers grevés des dites rentes, mais qu'il a suffi et qu'il suffira de décrire dans l'acte de telle vente en termes généraux, par son nom originaire ou par le nom qui lui est donné au cadastre, et par ses délimitations générales, le fief ou Seigneurie ou la partie de fief ou Seigneurie renfermant les fonds sur lesquels étaient ou sont créés ces rentes constituées ;

Considérant que les dispositions de cet acte permettant au propriétaire d'une Seigneurie de vendre et transporter les cens et rentes qui lui appartiennent, comprennent le droit de les hypothéquer et que la désignation donnée dans le contrat de mariage entre le dit John Henry Pangman et la dite Bertha Elizabeth Buchanan, valait, conformément aux dispositions des dites sections 3 et 4 du dit chapitre 26 des Statuts de Québec de 1875, et que la dite Bertha Elizabeth Buchanan a en vertu du dit contrat de mariage acquis une hypothèque sur les rentes constituées de la dite Seigneurie, pour la garantie du paiement de l'annuité qui leur était accordée par le dit John Henry Pangman en vertu du dit contrat de mariage du 18 septembre 1867.

Considérant que le dit contrat de mariage a été enregistré au bureau d'enregistrement du comté de L'Assomption, dans les limites duquel est située la dite Seigneurie, le 27 janvier 1868 ;

Considérant qu'en vertu du dit contrat de mariage du 18 septembre 1867, enregistré comme susdit, le 27 janvier 1868, la dite Bertha Elizabeth Buchanan avait le droit d'être colloquée sur le prix de vente de la dite Seigneurie, comme de fait elle est colloquée au dit item 17 du projet de collocation et de distribution préparé en cette cause pour la somme de $6,222 courant ;

Considérant que par l'article 2106 du Code Civil les créanciers qui demandent la séparation de patrimoine, conservent

la préférence sur les biens de leur débiteur décédé à l'encontre des créanciers des héritiers ou créanciers légaux de ce dernier, pourvu qu'ils enregistrent dans les six mois du décès de leur débiteur, les droits qu'ils ont contre toute sa succession, et que cet enregistrement se fait au moyen d'un avis ou bordereau, énonçant la nature et le montant de leur créance et désignant les immeubles qui peuvent y être affectés ;

Considérant que le dit John Pangman ne paraît pas avoir enregistré dans les six mois du décès de son débiteur, les droits qu'il avait contre sa succession et qu'en conséquence il n'a pas conservé la préférence qu'il réclame sur les biens de son débiteur ;

Considérant qu'il n'a pas été prouvé qu'à la date du transport du 9 janvier 1879, le dit John Henry Pangman fut notoirement insolvable, comme le prétend le dit contestant, et qu'il ne résulte de la preuve qu'il n'était pas considéré comme insolvable dans le temps, et que dans tous les cas le dit Lamarche le croyait parfaitement solvable et en état de rencontrer ses obligations ;

Considérant que cet acte d'obligation du 9 janvier 1879 n'a pas été fait et consenti par un débiteur insolvable en faveur d'une personne connaissant cette insolvabilité, et que le dit Joseph Olivier Lamarche avait le droit d'être colloqué au dit jugement de distribution en vertu du dit acte du 9 janvier 1879 qui a été enregistré, et que la dite Bertha Elizabeth Buchanan ayant cédé son droit au dit Joseph Olivier Lamarche devait prendre le sien comme de fait elle l'a pris au dit projet de distribution ;

Considérant que la dite collocation de la dite Bertha Elizabeth Buchanan est bien fondée, et que la contestation de la dite collocation est mal fondée ;

A maintenu et maintient la dite collocation, savoir l'item 17 du dit projet de collocation et de distribution colloquant la dite Dame Bertha Elizabeth Buchanan pour la dite somme

de $6,622, et a renvoyé et renvoie la contestation de la dite collocation faite par le dit demandeur contestant, John Pangman, avec dépens.

2107. [Les créances pour frais funéraires et frais de dernière maladie ne conservent leur privilége sur les immeubles que s'il en est enregistré un bordereau en la forme et dans les délais prescrits dans l'article qui précède.]

2107. [Claims for funeral expenses and expenses of last illness do not retain their privilege upon immoveables unless a memorial of such claims is registered in the manner and within the delay prescribed by the preceding article.]

De Bellefeuille, sur art. 2107. } Jurisp. — Le privilége pour les frais funéraires déclarés privilégiés sur les immeubles par l'art. 2009, est conservé, s'il est enregistré sur bordereau suivant l'art. 2107 C. C., en la forme et dans le délai prescrits par l'art. 2106, et affecte même un immeuble déjà sous saisie au temps de la mort du défunt, et qui est ensuite vendu en vertu de cette saisie.—Celui qui a payé les frais funéraires du défunt, et qui a fait enregistrer son privilége sur ces immeubles dont le certificat du régistrateur fait mention, a droit cependant aux frais d'opposition parce qu'il est nécessaire qu'une telle opposition soit produite pour établir que le défunt n'a laissé aucun meuble.— Beaudry vs Desjardins, IV R. L., 555.

2108. La substitution fidéicommissaire d'un immeuble contenue dans un acte de donation entrevifs est soumise aux règles gé-

2108. Fiduciary substitutions in respect of immoveables contained in deeds of gift *inter vivos* are subject to the general

nérales mentionnées en l'article 2098, en ce qui concerne les tiers dont les droits réels sur cet immeuble sont enregistrés.

A l'égard de tous autres intéressés l'enregistrement de la substitution a son effet, suivant les dispositions contenues au titre relatif aux donations.

rules mentioned in article 2098 as regards third parties whose real rights upon such immoveables have been registered.

As regards all other interested parties the registration of substitutions, takes effect according to the provisions contained in the title concerning gifts.

---

* *C. N.* 1069. } Les dispositions par acte entrevifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront, à la diligence, soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques ; savoir : quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation ; et quant aux sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilége.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 941.

---

* *Sts. Ref. B. C.*, *ch.* 37, *s.* 29. } 29. L'enregistrement des actes, donations et testaments portant substitution, fait dans les bureaux d'enregistrement dans la circonscription desquels les immeubles substitués sont situés, (et dans le cas de substitution créée par acte de donation à cause de mort, si le domicile du testateur est situé dans les limites d'une division d'enregistrement différente de celle où les biens substitués se trouvent, un nouvel enregistrement dans le bureau d'enregistrement dans la circonscription duquel était situé le domicile du testateur,) équivaudra et est substitué à toutes

fins de droit, à l'insinuation dans les régistres des cours, accompagnée de lecture et publication, cour tenante, et telles insinuation, lecture et publication sont abolies :

2. Les délais fixés pour l'enregistrement seront les mêmes que ceux qui étaient établis pour l'insinuation et la publication en cour, immédiatement avant la passation de l'acte 18 V. c. 101. 18 V. c. 101, s. 2.

---

* 14 *Isambert*, *Ord. de Chs. IX*, *Février* 1566, *à Moulins*, *art.* 57. } Et amplifiant l'article de nos ordonnances faites à Orléans pour le fait des substitutions, voulans oster plusieurs difficultez mûës sur lesdites substitutions auparavant faites, desquelles toutefois le droit n'est encore échû, ne acquis à aucune personne vivante : Avons dit, déclaré et ordonné, que toutes substitutions faites auparavant nostredite ordonnance d'Orléans, en quelque disposition que ce soit, par contrats entre-vifs ou de dernière volonté, et sous quelques paroles qu'elles soient conçûës, seront restraintes au quatrième degré outre l'institution (exceptez toutefois les substitutions desquelles le droit est échû et déjà acquis aux personnes vivantes, ausquelles n'entendons préjudicier). Ordonnons aussi, que d'oresnavant toutes dispositions entre-vifs, ou de dernière volonté, contenans substitution, seront pour le regard d'icelles substitutions publiées en jugement à jour de plaidoyrie, et enregistrées ès greffes royaux plus prochains des lieux des demeurances de ceux qui auront fait lesdites substitutions, et ce dedans six mois, à compter, quant aux substitutions testamentaires, du jour du décès de ceux qui les auront faites. Et pour le regard des autres, du jour qu'elles auront esté passées, autrement seront nulles, et n'auront aucun effet.

2109. Si la substitution est créée par un testament, elle est assujettie, quant à son enregistrement, aux dispositions ci-après énoncées relatives aux testaments.

2109. If the substitution be created by will, it is subject as regards registration to the provisions hereinafter declared with respect to wills.

Voy. autorités sur art. 2108.

2110. Tous les droits de propriété résultant d'un testament et les hypothèques spéciales qui y sont exprimées sont conservés et ont leur entier effet à dater de l'ouverture de la succession par l'enregistrement qui en est fait dans les six mois à compter du décès du testateur, s'il décède dans les limites du Canada, et dans les trois ans à compter de ce décès, s'il a lieu hors du Canada.

All rights of ownership resulting from wills, and all special hypothecs therein declared, are preserved and take their full effect by means of their registration within six months from the death of the testator, if he die within the limits of Canada, or within three years from such deceased, if it occur beyond such limits.

* *C. N.* 1000. } Les testaments faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur les biens situés en France, qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France ; et dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit.

[ARTICLE 2110.]

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 1, § 3. } Et tout legs par testament n'aura aucune force et sera nul et de nul effet comme susdit, à l'égard de tout subséquent acquéreur, donataire, créancier privilégié ou hypothécaire de bonne foi, pour valable considération, à moins que le dit testament n'ait été enregistré en la manière ci-dessous prescrite.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 25. } 25. Tous testaments enregistrés dans les six mois après le décès d'un testateur décédé dans cette province du Canada, ou dans les trois années qui suivront le décès d'un testateur décédé en dehors des limites de la province, seront aussi valides et efficaces à l'égard des subséquents acquéreurs, donataires, jugements, actes et procédures judiciaires, reconnaissances, droits et réclamations privilégiées et hypothécaires que s'ils eussent été enregistrés immédiatement après le décès du dit testateur :

2. Et dans le cas où le légataire, ou la personne qui a un intérêt dans l'immeuble léguée par un testament, serait, à raison du recèlement, de la suppression ou de la contestation du testament, ou de toute autre difficulté inévitable survenue sans sa négligence ou participation, hors d'état de le faire enregistrer dans la période de temps limitée plus haut, et s'il est enregistré un sommaire de telle contestation ou autre empêchement, dans le bureau d'enregistrement qu'il appartient, dans les six mois après le décès du testateur décédé dans la province du Canada, ou dans les trois années après le décès du testateur décédé en dehors des limites de la province,—alors et dans ces cas l'enregistrement du testament, dans les six mois à compter du moment où le légataire ou toute autre personne se sera procuré le dit testament ou sa vérification, ou qu'aura cessé l'obstacle qui l'empêchait de faire enregistrer tel testament, aura le même effet que s'il eût été fait immédiatement après le décès du testateur ;

3. Pourvu, néanmoins, que dans le cas du recèlement ou de la suppression d'un testament, nul acquéreur pour va-

lable considération ne sera troublé ou inquiété à l'égard de son acquisition, et que nul demandeur dans aucun jugement, et nul créancier privilégié ou hypothécaire ne sera privé de sa créance à raison de tout titre résultant du testament, à moins que le dit testament ne soit actuellement enregistré dans les cinq années à compter du décès du testateur ou avant l'enregistrement de telle acquisition ou créance. 4 V. c. 30, s. 14.

Voy. *Sts. Ref.*, s. 27, cités sur art. 2104.

2111. Dans le cas de recélé, suppression ou contestation d'un testament, ou de toute autre difficulté, la partie intéressée qui, sans négligence ou participation, se trouve hors d'état de le faire enregistrer dans le délai prescrit en l'article qui précède, conserve néanmoins son droit en enregistrant dans le délai de l'article qui précède un bordereau de telle contestation ou autre empêchement, et en enregistrant ce testament dans les six mois après qu'il s'est procuré ce testament ou sa vérification, ou que l'obstacle a cessé.

2111. In the case of the concealment, suppression or contestation of a will, or of any other difficulty, parties interested, who, without negligence or participation on their part, are disabled from affecting its registration within the delay prescribed by the preceding article, may nevertheless preserve their right by registering within the same delay a statement of such contestation or other impediment, and registering the will within six months after it or its probate has been obtained, or after the removal of the impediment.

Voy. *Sts. Ref.*, ch. 37, s. 25, § 2, cités sur art. 2110.

2112. Néanmoins l'enregistrement du bordereau mentionné dans l'article qui précède n'a pas d'effet rétroactif, si le testament n'est pas enregistré dans les cinq ans à compter du décès du testateur.

2112. Nevertheless the registration of the statement mentioned in the preceding article has no retroactive effect unless the will be registered within five years from the death of the testator.

Voy. *Sts. Ref.*, ch. 37, s. 25, § 3, cités sur art. 2110.

2113. Tout mari majeur est tenu de faire enregistrer sans délai, les hypothèques et charges dont ses immeubles sont grevés en faveur de sa femme, sous les peines portées contre les délits et à peine de tous dommages-intérêts.

2113. Married men of full age are bound to register, without delay, the hypothecs and incumbrances to which their immoveables are subject in favor of their wives, on pain of punishment as for misdemeanor and of being liable for all damages.

---

* *C. N.* 2136. } Sont toutefois les maris et les tuteurs tenus de rendre publics les hypothèques dont leurs biens sont grevés, et, à cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, inscription aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux appartenant, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite.

Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire faire les inscriptions ordonnées par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre des priviléges ou des hy-

pothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, seront réputés stellionataires, et comme tels,contraignables par corps.

---

* *S. R. B. C., ch.* 37, *s.* 30 *et suiv.* } 30. Les hommes mariés, les tuteurs à des mineurs et les curateurs aux personnes interdites, seront tenus de faire enregistrer sans délai soit par sommaire, soit tout au long, les hypothèques dont leurs immeubles sont grevés en faveur de leurs femmes, et en faveur des dits mineurs et personnes interdites, respectivement :

2. Et si un homme marié, tuteur ou curateur néglige de faire cet enregistrement, et qu'en conséquence telle hypothèque devienne et soit postérieure à une hypothèque subséquente enregistrée, ou s'il consent ou permet qu'une hypothèque ou privilége postérieur soit acquis sur ses immeubles, sans déclarer dans l'acte constitutif de telle hypothèque ou privilége postérieur que les dits immeubles sont déjà grevés d'hypothèque, en faveur de telle femme mariée, mineur ou personne interdite, et sans réserve de priorité en faveur des hypothèques mentionnées en dernier lieu, tel homme marié, tuteur ou curateur sera considéré comme coupable d'un délit, (*misdemeanor*) et sera aussi passible de tous les dommages et dépens qui en résulteront pour la partie lésée, et sera sujet à exécution contre sa personne et à être emprisonné, jusqu'à ce que les dommages et dépens auxquels il aura été condamné soient payés et liquidés. 4 V. c. 30, s. 21, —12 V. c. 48, etc.

31. Tout subrogé-tuteur d'un mineur sera tenu de constater si les hypothèques du mineur sur les immeubles de son tuteur ont été enregistrées, soit par sommaire, soit au long, tel que prescrit par cet acte, et si elles ne l'ont pas été, de les faire enregistrer sans délai ; et si le subrogé-tuteur néglige de remplir ce devoir, il sera passible de tous les dommages

qui pourront en résulter pour le dit mineur. 4 V. c. 30, s. 22, —12 V. c. 48, s. 1.

32. Si un homme marié, tuteur, curateur ou subrogé-tuteur néglige de faire les enregistrements prescrits dans cet acte, il sera permis à tout parent ou ami de tel homme marié, ou de sa femme ou du dit mineur ou personne interdite, ou à telle femme ou à tel mineur de faire faire les dits enregistrements. 4 V. c. 30, s. 23.

33. Aucune action ne sera intentée ou maintenue par le mari pour aucune cause d'action dérivant de son contrat de mariage, dont l'enregistrement est requis en vertu de cet acte, ou par le tuteur d'un mineur ou curateur d'une personne interdite, qu'après l'enregistrement par sommaire ou tout au long de tel contrat de mariage, ou de la nomination du dit tuteur ou curateur. 4 V. c. 30, s. 24, etc.

34. Si un mineur contracte mariage, les père, mère, tuteur ou gardien du mineur, avec le consentement desquels le mariage est contracté, seront tenus de faire enregistrer les hypothèques établies et créées par le contrat de mariage du mineur, par sommaire, ou par l'enregistrement au long du contrat de mariage, et à défaut de ce faire, ils seront tous et chacun conjointement et solidairement responsables de tous les dommages résultant au mineur à raison de cette omission. 4 V. c. 30, s. 25, etc.

35. Tout juge par qui sera faite la nomination d'un tuteur ou curateur, de l'avis et consentement des parents et amis assemblés pour élire tel tuteur ou curateur, pourra restreindre et limiter l'hypothèque résultant de cette nomination à une certaine propriété immobilière spécifique du tuteur ou curateur ; et dans ce cas, tous les autres immeubles du tuteur ou curateur seront exonérés de telle hypothèque, et le tuteur ou curateur ou subrogé-tuteur sera tenu de faire enregistrer les hypothèques sur la propriété immobilière ainsi spécifiée seulement. 4 V. c. 30, s. 26.

36. Si l'hypothèque résultant de la nomination d'un tuteur à des mineurs, ou d'un curateur à des personnes

interdites, n'a pas été restreinte ou limitée comme susdit, et si l'hypothèque légale générale créée par là excède notoirement une garantie suffisante pour la gestion ou administration du tuteur ou curateur, il sera permis au juge revêtu du pouvoir de nommer des tuteurs ou curateurs en tel cas, de l'avis et consentement du subrogé-tuteur et des amis et parents de la personne interdite qui seront assemblés à cette fin, de restreindre et limiter l'hypothèque sur telle propriété immobilière spécifique qui sera de nature à offrir une garantie complète au mineur ou à la personne interdite; et là dessus, après l'enregistrement de l'hypothèque ainsi restreinte, tous les autres immeubles du dit tuteur ou curateur, seront exonérés de toute hypothèque quelconque, à raison de la nomination de tel tuteur ou curateur. 4 V. c. 30, s. 27.

2114. Si le mari est mineur, le père, la mère, ou le tuteur, avec le consentement duquel il s'est marié, est tenu de faire faire l'enregistrement prescrit en l'article précédent, à peine de tous dommages-intérêts en faveur de la femme.

2114. If the married man be a minor, his father, mother, or tutor, who consented to his marriage, is bound to effect the registration mentioned in the preceding article, on pain of being held liable for all damages in favor of the wife.

Voy. *Sts. Ref.*, ch. 37, s. 34, cités sur art. 2113.

2115. L'hypothèque légale de la femme ne peut avoir d'effet sur les immeubles de son mari que par l'enregistrement de

2115. The legal hypothec of the wife affects the immoveables of her husband by means only of the registration of her

la créance, droit ou réclamation, et seulement sur les immeubles décrits et spécifiés dans un avis à cet effet enregistré soit en même temps que le droit réclamé, ou en tout autre temps après ; et l'hypothèque ne date que de tel enregistrement.

debt, right or claim, and such immoveables only as are described and specified in a notice for that purpose, registered either at the same time as the right claimed, or at any time afterwards ; and the hypothec dates only from such last mentioned registration.

Voy. *Sts. Ref.*, cités sur arts. 2026, 2084 et 2113.

De Bellefeuille, sur art. 2115. } Jurisp. — 1. L'acquéreur de bonne foi pour valable considération, en vertu d'un acte passé avant l'ordonnance d'enregistrement, et enregistré avant le 1er novembre 1844, n'est pas tenu hypothécairement au paiement d'un douaire préfix stipulé par contrat de mariage par-devant notaires en 1817, et qui n'a été enregistré que le 14 février 1853 ; bien que le décès de l'époux de la demanderesse n'ait eu lieu qu'en octobre 1852.— Forbes vs Legault, VI L. C. R., 100.

2. La clause dans un contrat de mariage par laquelle le futur époux donne à sa future épouse une somme d'argent pour par elle en jouir sa vie durant, et après son décès être partagée entre les enfants de leur futur mariage, crée une hypothèque sur les propriétés du futur époux qui donne aux enfants nés du dit mariage une préférence sur les créanciers subséquents de leur père ; nonobstant une clause au dit contrat à l'effet où la donation était faite à la condition absolue que le futur époux aurait le droit de disposer sans empêchement de la part de sa future épouse d'aucune propriété sur laquelle elle pourrait avoir une hypothèque en raison de la dite clause, ou de l'aliéner ou de la vendre. Les hypothèques générales créées avant la passation de l'ordonnance sur les

enregistrements, 4 Vict., chap. 30, affectent les propriétés acquises par le débiteur subséquemment à la passation de la dite ordonnance.—Brown & Oakman, XIII L. C. R., 342.

3. En l'absence de conventions matrimoniales, et d'aucun enregistrement pour la conservation de ses droits et reprises matrimoniales, la femme ne peut invoquer d'hypothèque légale et tacite à l'encontre des créanciers qui ont pris inscription entre la date du mariage et l'enregistrement des droits de la femme. Cette disposition est applicable aux mariages antérieurs à l'ordonnance de la 4e Vict., ch. 30. Le rappel de la 34e section de cette ordonnance, n'a pas eu l'effet de faire revivre l'ancien droit de la femme pour le remploi de ses propres.—Beaugrand vs Lavallée, XV L. C. R., 479.

4. Par suite de la stipulation d'une hypothèque spéciale jusqu'à concurrence d'une somme fixe et certaine, consentie par le mari à son épouse pour ses droits mentionnés dans leur contrat de mariage qui a été enregistré, elle ne peut réclamer hypothécairement au delà de telle somme ainsi stipulée.—Demers vs Larocque, VIII L. C. J., 178.

5. L'hypothèque légale de la femme séparée de biens, pour le montant d'un legs particulier dû en vertu du testament de son père décédé avant son mariage célébré sans contrat, ne prime point les créanciers subséquents qui ont enregistré leur titre, faute d'enregistrement de sa part. La réception du montant de ce legs par le mari durant le mariage et après avoir constitué une hypothèque en faveur des opposants pour une rente foncière sur des immeubles, ne donne à la femme aucune réclamation hypothécaire antérieure aux créanciers de cette rente foncière. Par le fait de la femme d'avoir fait vendre les biens de son mari à la charge de cette rente foncière, il s'en suit qu'elle a reconnu la validité de cette réclamation hypothécaire.—Champagne vs Lavallée, IX L. C. J., 61.

6. In the case of a general *hypothèque*, dating as far back as 1815, and claimed in respect of land situate in the county of Sherbrooke, and duly registered in accordance with the

[ARTICLE 2116.]

provisions of the Registry Ordinance 4 Vict., cap. 30,—*Held* that the want of registration during the period that the 10 and 11 Geo. IV, cap. 8 was in force, cannot be invoked without averment and proof that the debtor held the land whilst that statute was in force. A *hypothèque* duly created during the life-time of the debtor may be preserved by registration after his death. *Hypothèques légales* are not exempt from registration under the 4th section of the Registration Ordinance 4 Vict., cap. 30.—Regina vs Comte, XI L. C. J., 86.

2116. [Le droit au douaire coutumier légal n'est conservé, que par l'enregistrement de l'acte de célébration du mariage avec une description des immeubles alors assujettis au douaire.

Quant aux immeubles qui subséquemment pourraient écheoir au mari et devenir sujets au douaire coutumier, le droit au douaire sur ces immeubles n'a d'effet que du jour de l'enregistrement d'une déclaration à cet effet, indiquant la date du mariage, le nom des époux, la description de l'immeuble, la charge du douaire, et comment l'immeuble y est devenu sujet.]

2116. [The right to legal customary dower, cannot be preserved otherwise than by the registration of the marriage certificate with a description of the immoveables then subject to such dower.

As regards immoveables which may subsequently fall to the husband and become subject to customary dower, the right to dower upon such immoveables does not take effect until a declaration for that purpose has been registered, setting forth the date of the marriage, the names of the consorts, the description of the immoveable, its liability for dower and how it has become subject to it.]

[ARTICLE 2116.]

St. de Québec, 44-45 *Vict.*, *ch.* 16. } Sa Majesté, par et de l'avis et du consentement de la Législature de Québec, décrète ce qui suit :

1. L'article 2116 du code civil s'appliquera, à l'avenir, aux douaires coutumiers créés avant le 1er août 1866, date de la mise en force de ce code.

2. Un délai de deux ans à compter de la mise en force de la présente loi, est cependant accordé aux intéressés à la conservation de ces douaires, pour effectuer, s'il ne l'a pas été auparavant, l'enregistrement mentionné au dit article 2116, passé lequel délai, tels douaires non enregistrés, deviendront nuls et de nul effet, et perdront toute vigueur à l'égard des tiers-acquéreurs et créanciers postérieurs à la passation de la présente loi, qui auront enregistré le titre constitutif de leurs droits, sur les immeubles originairement affectés ou devenus plus tard affectés aux douaires.

3. Pour ce qui est des immeubles qui pourraient écheoir au mari et devenir, après l'expiration de ce délai de deux ans, sujets à quelques uns de ces douaires alors conservés par l'enregistrement en temps utile, ils resteront soumis à l'enregistrement prescrit par le dit article 2116.

4. Les tiers-acquéreurs et créanciers subséquents, ayant enregistré leurs titres, pourront seuls, cependant, se prévaloir du défaut d'enregistrement relatifs aux immeubles ainsi acquis par le mari après ces deux ans.

5. A défaut d'enregistrement, nulle servitude réelle, contractuelle, discontinue et non apparente, constituée à l'avenir, n'aura d'effet vis-à-vis des tiers-acquéreurs et créanciers subséquents, dont les droits auront été ou seront enregistrés.

6. Un délai de deux ans, à compter de la mise en force de cette loi, est accordé aux intéressés pour l'enregistrement des servitudes ci-haut mentionnées, créés avant la mise en force de la présente loi, passé lequel délai sans enregistrement, telle servitude restera sans vigueur à l'égard des tiers-acquéreurs et créanciers postérieurs à la passation de la présente loi, dont les droits ont ou auront été enregistrés.

7. Dans les deux ans qui suivront la date de la mise en force du présent acte, dans les circonscriptions d'enregistrement où le cadastre est actuellement déposé, et dans les deux ans qui suivront la mise en force du cadastre, dans les autres circonscriptions d'enregistrement, l'enregistrement de toute servitude conventionnelle affectant un lot de terre compris dans cette circonscription, y doit être renouvelé au moyen de la transcription, dans le livre tenu à cet effet, d'un avis désignant l'immeuble affecté en la manière prescrite en l'article 2168, et en observant les formalités prescrites en l'article 2131 du code civil.

8. Dans un mois de la réception de la présente loi et de la cédule y annexée, tout régistrateur, protonotaire de la cour supérieure ou greffier de la cour de circuit, à qui le gouvernement aura transmis un exemplaire de la dite loi et cédule, en fera ou en fera faire la lecture publique, à la porte de l'église paroissiale ou principale de la localité où se trouve le bureau d'enregistrement ou la cour, chacun des quatre dimanches qui suivront cette réception, et affichera la cédule sur la porte de l'église et à un endroit apparent du bureau d'enregistrement ou du greffe; dans lesquels bureaux d'enregistrement et greffe, il la tiendra affichée pendant la durée du délai de deux ans mentionné aux articles précédents.

9. Le protonotaire ou greffier fera aussi lecture publique de cette cédule, le premier jour de chacun des quatre termes de la cour supérieure ou de circuit qui suivront cette réception.

10. Dans les lieux où il n'y a ni protonotaire ni greffier ou régistrateur, les formalités ci-haut seront remplies *mutatis mutandis*, par les fonctionnaires publics ou toutes personnes publiques, à qui la loi et la cédule ci-haut, seront transmises par le gouvernement.

11. Le présent acte entrera en force le jour de sa sanction.

[ARTICLE 2117.]

* *St. de Québec*, 46 *Vict.*, *ch.* 25, *s.* 1. } Le chapitre 16 de l'acte 44-45 Vict., est amendé de manière que le délai de deux ans mentionné au dit acte pour effectuer l'enregistrement des douaires coutumiers créés avant le premier août, 1866, ainsi que des servitudes réelles, contractuelles, discontinues et non apparentes créées avant la mise en force du dit statut, soit prolongé jusqu'au premier mai, 1884.

St. de Québec, 47 *Vict.*, *ch.* 15. } 1. Le chapitre 16 de l'acte 44-45 Vict., tel que amendé par le chapitre 25 de l'acte 46 Vict., est amendé de manière à ce qu'un nouveau délai pour effectuer l'enregistrement des douaires coutumiers créés avant le premier août, mil huit cent soixante-six, ainsi que des servitudes réelles, contractuelles, discontinues et non apparentes, créées avant la mise en force du dit acte 44-45 Vict., chapitre 16, soit accordé jusqu'au premier janvier mil huit cent quatre-vingt cinq.

2. Passé ce délai, tels douaires coutumiers et servitudes non enregistrés seront nuls et éteints à toutes fins quelconques à l'égard des acquéreurs et créanciers hypothécaires.

3. Cet acte n'affectera pas les droits acquis en vertu de l'acte 44-45 Victoria, chapitre 16, par les tiers acquéreurs et les créanciers, à l'encontre des dits douaires et servitudes.

4. Cet acte viendra en force le jour de sa sanction.

2117. Tout tuteur à des mineurs et tout curateur à un interdit est tenu de faire enregistrer sans délai les hypothèques dont leurs immeubles peuvent être grevés en faveur de ces mineurs ou de l'interdit, sous les peines portées contre le mari en l'article 2113.

2117. Tutors to minors, and curators to interdicted persons are bound, to register, without delay, the hypothecs to which their real estate is subject in favor of such minors or interdicted persons, under the pains hereinabove declared against married men in article 2113.

* *C. N.* 2141. } Il en sera de même pour les immeubles du tuteur, lorsque les parents, en conseil de famille, auront été d'avis qu'il ne soit pris d'inscription que sur certains immeubles.

Voy. *C. N.* 2136, cité sur art. 2113, et *Sts. Ref.*, ch. 37, s. 30, cités sur art. 2113.

2118. Les subrogés-tuteurs sont tenus de veiller à ce que l'enregistrement requis en faveur du mineur soit effectué, et à défaut de le faire, sont passibles de tous les dommages qui peuvent lui en résulter.

2118. Subrogate tutors are bound to see that the registration required in favor of the minor is effected, and if they fail to do so are liable for all consequent damages that may be sustained by such minor.

---

* *C. N.* 2137. } Les subrogés-tuteurs seront tenus, sous leur responsabilité personnelle, et sous peine de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur, pour raison de sa gestion, même de faire faire lesdites inscriptions.

Voy. *Sts. Ref.*, ch. 37, s. 31, cités sur art. 2113.

2119. [Tout notaire appelé à faire un inventaire, est tenu de voir à ce que les tutelles des mineurs et curatelle des interdits, intéressés dans cette inven-

2119. [Every notary called upon to make an inventory is bound to see that the tutorships of the minors, or the curatorships of the interdicted persons

taire, soient dûment enregistrées, et d'en procurer au besoin l'enregistrement aux frais des tuteurs et des curateurs, avant de procéder à l'inventaire, à peine de tous dommages-intérêts.]

interested in such inventories are duly registered, and, if necessary, to cause such registration to be effected at the expense of such tutors or curators, before proceeding with the inventory, on pain of all damages.]

2120. L'hypothèque des mineurs contre leur tuteur, et celle de l'interdit contre son curateur, n'affecte que les immeubles décrits et spécifiés dans l'acte de tutelle ou de curatelle, ou à défaut de telle spécification, que les immeubles décrits dans un avis à cet effet enregistré soit en même temps que la nomination du tuteur ou du curateur, ou après; et l'hypothèque ne date qu'à compter de tel enregistrement.

2120. The hypothec of minors against their tutor or of interdicted persons against their curator affects such immoveables only as are described and specified in the act of tutorship or curatorship, and, in default of such description, such immoveables as are described in a notice for that purpose registered either at the same time as the appointment of the tutor or afterwards; and the hypothec dates only from such registration.

Voy. *Sts. Ref.*, cités sur arts. 2084 et 2026.

[ARTICLES 2121, 2122.]

2121. Les jugements et actes judiciaires des tribunaux civils n'acquièrent d'hypothèque par suite de leur enregistrement, qu'à compter de celui d'un avis spécifiant et désignant les immeubles du débiteur sur lesquels le créancier entend faire valoir son hypothèque.

La même règle s'applique aux créances de la Couronne auxquelles la loi attache quelque privilége ou hypothèque tacite.

2121. The judgments and judicial acts of the civil courts confer hypothecs when they are registered, from the date only of the registration of a notice specifying and describing the immoveables of the debtor upon which the creditor intends to exercise his hypothec.

The same rule applies to all claims of the crown to which any tacit hypothec or privilege is attached by law.

Voy. *Sts. Ref.*, ch. 37, s. 47, cités sur art. 2084.

2122. L'enregistrement d'un acte de vente conserve au vendeur, au même rang que le principal, les intérêts pour cinq années généralement et ce qui est dû sur l'année courante.

2122. Registration of a deed of sale secures to the vendor in the same order of preference as for the principal, the interest for five years generally and that which is due upon the current year.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *ss.* 37-38. } 37. Nul créancier n'aura, à raison de l'enregistrement d'une hypothèque ou privilége, droit à une préférence ou priorité sur d'autres créanciers pour plus de deux années d'arrérages d'intérêts, et les intérêts de l'année courante, à compter de la date du

titre en vertu duquel ils seront dus, à moins que sa demande d'arrérages d'intérêts pour une somme spécifique au-delà des arrérages de deux années, n'ait été enregistrée séparément comme étant due en vertu de telle hypothèque ou privilége; ni à moins (excepté tel que mentionné dans la section suivante) que le créancier, en faisant tel enregistrement, ne dépose sous serment devant le régistrateur que le dit montant spécifique des intérêts restent dû; ni à moins qu'un affidavit au même effet ne soit prêté sous serment devant un des juges de la cour du banc de la reine, ou de la cour supérieure, et présenté au régistrateur. 4 V. c. 30, s. 16,—7 V. c. 22, s. 10.

2. Mais les intérêts et arrérages, dont il est parlé dans la section précédente, ne seront pas censés comprendre et inclure les pensions alimentaires, les rentes viagères, les rentes de baux de propriété, les intérêts du prix de vente de tout immeuble vendu pour une somme payable à une échéance fixe, les arrérages de rentes foncières non rachetables et de rentes constituées; et dans tous ces cas, l'enregistrement du titre du créancier aura l'effet de conserver son hypothèque ou privilége pour les intérêts et arrérages de cinq années, et pour ceux de l'année alors courante, à compter de la date du dit titre, mais pas plus. 7 V. c. 22, s. 10.

38. L'hypothèque créée par l'enregistrement de toute réclamation pour intérêts ou arrérages qui n'auront pas été conservés par l'enregistrement primitif, ne datera que du jour de l'enregistrement de cette créance; et cette créance pourra être enregistrée, sans qu'il soit besoin de l'attester sous serment, si elle est fondée sur un acte ou titre authentique. 7 V. c. 22, s. 10.

2123. L'enregistrement d'un acte constituant une rente viagère ou autre, conserve la préférence

2123. Registration of a deed constituting a life-rent or other rent preserves a preference for

pour les arrérages de cinq années généralement et pour ceux échus sur l'année courante.

the arrears of five years generally and for those which are due upon the current year.

Voy. *Sts. Ref.*, cités sur arts. 2122 et 2084.

2124. L'enregistrement de tout autre titre de créance ne conserve le même droit de préférence que pour deux années d'intérêt généralement et ceux échus sur l'année courante.

2124. Registration of any other claim preserves the same right of preference for the interest of only two years generally and for such interest as is due upon the current year.

---

* *C. N.* 2151. } Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt ou arrérage, a droit d'être colloqué pour deux années seulement, et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription.

Voy. *Sts. Ref.*, cités sur art. 2122.

---

* 11 *Pont, sur art.* 2151 *C. N. n°* 1013 *et s.* } I.—1013. Après avoir dit comment et sous quelles conditions l'inscription conserve, avec le capital, les intérêts *échus* au jour où elle est prise (voy. n° 991), nous arrivons aux intérêts *à échoir* ultérieurement.

Dans la rigueur des principes, il semble que l'inscription d'une hypothèque obtenue pour sûreté d'un capital devrait être sans effet en ce qui concerne ces derniers intérêts. Car, tant qu'ils ne sont pas échus, les intérêts sont une créance éventuelle, une créance qui n'est pas née. Or l'hypothèque, obligation essentiellement accessoire, et par conséquent l'inscription qui la vivifie en la rendant publique, ne doivent pas, en principe, devancer la naissance de l'obligation principale qu'elles ont pour objet de garantir (voy. n° 324 et 710). La conséquence serait donc que l'inscription prise pour sûreté d'un capital ne devrait pas conserver des intérêts qui, n'étant pas échus, n'existent pas encore comme créance hypothécaire, et qu'à l'égard de ces intérêts, le créancier devrait prendre des inscriptions successives et spéciales à mesure des échéances, et ne venir dans l'ordre qu'aux dates de ces inscriptions. Mais, on l'a dit avec raison, ce système, quoique en harmonie parfaite avec le principe de la publicité hypothécaire, aurait des inconvénients et des dangers : d'une part, il serait par trop rigoureux envers le créancier qu'il punirait de son indulgence envers le débiteur, et pour les facilités qu'il lui aurait laissées ; d'une autre part, en multipliant sans mesure les frais d'inscription, il augmenterait au préjudice de tous les charges dont le gage est affecté.

Est-ce à dire qu'en rejetant ce système, il fallût tomber dans l'excès contraire et permettre que l'inscription conservât tous les intérêts qui pourraient échoir jusqu'au jour où le droit hypothécaire serait exercé, à la seule condition qu'ils ne fussent pas prescrits ? Non, sans doute : le principe même de la loi nouvelle ne permettait pas de consacrer les règles qui dominaient à cet égard dans l'ancienne jurisprudence. Il était admis autrefois, sauf dans le ressort de quelques parlements, et notamment en Normandie, où l'on tenait que les intérêts étaient dus moins par la nature de l'obligation que pour la peine du retardement ou pour la coutumace du débiteur, il était admis, conformément à la pratique du droit romain (l. 18, ff. *Qui potiores in pignore*, etc.), que les intérêts

étant un *accessoire* de la créance, il y avait lieu d'appliquer la maxime : *l'accessoire suit le sort du principal ;* partant, on tenait que l'hypothèque du capital devait s'étendre à tous les intérêts dans le cas même où le contrat ne contenait pas la clause " à peine de tous dépens, dommages et intérêts." (1) Mais ce qui était possible à cet égard sous un régime qui s'accommodait de la clandestinité de l'hypothèque, devenait de tous points inconciliable avec un système qui a sa base essentielle dans le principe de la publicité. Quand l'inscription hypothécaire doit faire apparaître exactement le montant de la somme réellement due, comment admettre, sans fausser le principe et aussi sans exposer les tiers à des fraudes qu'ils ne sauraient déjouer, que le capital inscrit va s'accroître indéfiniment de la somme indéterminée et non mentionnée dans l'inscription, à laquelle les intérêts pourront s'élever ? Mais ces intérêts, indéfiniment agglomérés, vont absorber le gage si le créancier a eu le soin, au moyen d'actes interruptifs, de les mettre à l'abri de la prescription !... Et alors à quoi bon consulter l'inscription, et que servirait-il que le capital garanti y fût accusé ? Il ne convenait donc pas plus d'accepter les règles dominantes dans l'ancienne jurisprudence que de s'en tenir aux principes rigoureux du droit.

1014. En conséquence, la loi prend ici un terme moyen. Ainsi avaient fait déjà les rédacteurs de la loi du 9 messidor an 3 et ceux de la loi du 11 brumaire an 7. La première de ces lois disait, en effet, par son art. 14, que " les arrérages de rentes foncières et constituées, perpétuelles ou viagères, et les intérêts des capitaux qui en produisent, ne sont susceptibles de conférer hypothèque que pour une année *et le terme courant*" ; et la seconde exprimait, dans son art. 19, que " le créancier inscrit pour un capital produisant intérêts a droit de venir, *pour deux années d'arrérages*, au même rang d'hypothèque que pour son capital." C'est à cette même idée que se rattache l'art. 2151, qui, combinant les deux dispositions,

(1) Voy. Basnage (*Tr. des Hyp.*, ch. 3) ; l'Épine de Grainville (*Rec. d'arr.*, p. 214) ; Brodeau, sur Louet (lettr. N, § 7) ; Bouguier (lettr. H, § 6).

et empruntant à la loi de brumaire sa formule même, donne aux intérêts du capital inscrit le même rang d'hypothèque qu'à ce capital, mais seulement *pour deux années et pour l'année courante.*

Ainsi, l'économie de la loi, quant aux intérêts, est facile à saisir. En rapprochant les art. 2148, n° 4, et 2151, on voit, d'une part, en ce qui concerne les intérêts *échus* lors de l'inscription, qu'ils participent au même rang d'hypothèque que le capital dont ils sont l'accessoire, *pourvu qu'ils soient inscrits avec ce capital;* et, d'une autre part, en ce qui concerne les intérêts *à échoir*, que l'inscription primitive leur donne le rang qu'elle assure au capital, pour deux années et pour l'année courante, sauf au créancier à prendre, pour les autres années d'intérêts, des inscriptions particulières qui porteront hypothèque à compter de leur date.

Telle est dans son ensemble la théorie de la loi (1) ; nous en avons expliqué plus haut la disposition relative aux intérêts échus au jour de l'inscription (voy. 991) ; il faut maintenant en reprendre les termes en ce qui concerne les intérêts *à échoir* auxquels s'applique notre article.

II.—1015. Ces intérêts ont, de plein droit et en vertu de l'inscription prise pour le capital, le même rang d'hypothèque que ce capital lui-même pour une période que l'art. 2151 fixe *à deux années et à l'année courante.* Il faut avant tout s'arrêter à ces termes de la loi et en préciser la portée.

Et tout d'abord notons qu'aucune difficulté ne peut se présenter à l'esprit tant que l'inscription, au moment où le

(1) Elle a été appliquée à l'hypothèque maritime par la loi du 10 déc. 1874, dont l'art. 13 exprime "que l'inscription garantit, au même rang que le capital, deux années d'intérêt en sus de l'année courante." Il n'est pas ajouté, comme dans l'art. 2151 du Code civil, " sans préjudice des inscriptions particulières à prendre... pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription." Mais le droit n'en est pas moins certain, et le créancier doit être admis à prendre, quant aux intérêts non conservés, des inscriptions particulières qui porteront hypothèque à compter de leur date.

droit hypothécaire vient à être exercé, ne remonte pas à trois années ou plus.

Par exemple, supposons que l'inscription a été prise le 1er février 1870, et que, le gage étant réalisé, le créancier, qui depuis cette date n'a rien touché sur les intérêts de sa créance, forme sa demande en collocation le 1er octobre 1871 : il n'y a pas d'hésitation possible. L'article 2151 dit, il est vrai, que le créancier a droit d'être colloqué *pour deux années et pour l'année courante* au même rang d'hypothèque que pour son capital; mais c'est évidemment dans la pensée que les intérêts sont dus au moins pour deux années et pour une fraction d'une troisième année ; et ce n'est pas pour dire que, quoi qu'il arrive, et la dette fût-elle moindre, le créancier n'en serait pas moins fondé à exiger sa collocation dans les termes de la loi. Or, dans l'espèce, il n'y a d'intérêts dus que pour une première année et pour deux tiers de l'année suivante ; la somme à ajouter à celles dont le chiffre est indiqué dans l'inscription devra donc correspondre au montant des intérêts pour un an et huit mois ; la collocation ne pourra pas aller au delà.

Modifions notre hypothèse et supposons que, l'inscription étant prise le 1er février 1870, la demande en collocation soit formée le 1er octobre 1872 : ici encore la solution se présente sans aucune incertitude. Les intérêts sont dus pour deux années et pour une fraction de la troisième année ; ce sont précisément *les deux années et l'année courante* dont parle l'art. 2151 : il n'est pas le moins du monde douteux que la totalité des intérêts dus ne doive être admise en collocation en sus de la créance garantie, en capital et accessoires, par l'inscription.

Mais la solution se présente mains nette si nous supposons que l'inscription remonte à trois années ou plus quand le droit hypothécaire est exercé. Alors vient la question de savoir quelles sont les deux années et quelle est l'année courante dont il est question dans la loi : et c'est particulière-

ment là-dessus que portent les difficultés d'interprétation soulevées par notre article.

1016. Sur le premier point, il s'agit de savoir si les *deux années* sont celles qui suivent immédiatement l'inscription, ou si ce sont deux années subséquentes. La question serait sans objet si le créancier dont l'inscription remonte à plus de trois années n'avait rien reçu des intérêts de sa créance. Comme il en obtient deux de plein droit, et comme, sauf l'appoint de l'année courante dont nous allons parler bientôt, il n'en peut pas obtenir davantage, quel que soit le nombre des années qu'il a laissé s'écouler sans exiger le payement de ses intérêts, il lui importe peu que les intérêts conservés par l'inscription au même rang que le capital soient ceux des premières années ou ceux des dernières.

Mais supposons que le débiteur, exact à servir l'intérêt pour les années qui ont suivi l'inscription immédiatement, ait cessé de le payer pendant les années ultérieures : alors il importe au plus haut degré de préciser la pensée de la loi dans la disposition qui assure de plein droit, et en vertu de l'inscription même, *deux années* d'intérêt. Ceci deviendra patent par un exemple.—Pierre, créancier de Paul pour une somme s'élevant à 20,000 francs en capital et accessoires, a pris inscription sur un immeuble de son débiteur, le 1er février 1870, pour sûreté de cette somme ; les intérêts lui sont payés avec exactitude jusqu'au 1er février 1872 ; l'intérêt cesse d'être servi à partir de cette date, puis l'immeuble affecté est vendu et, le prix en étant distribué, Pierre vient à l'ordre, et, le 1er octobre 1874, il demande à y être colloqué, à la date de son inscription, tant pour le capital que pour les intérêts qui lui sont dus depuis le 1er février 1872. Or, si les deux années dont parle l'art. 2151 s'entendent de celles qui ont suivi immédiatement la date de l'inscription, cette prétention est incontestablement mal fondée ; car, dans notre hypothèse, les intérêts ont été exactement servis jusqu'au 1er février 1872 ; en sorte que les deux *premières* années se trouvant payées, le créancier n'aurait droit d'être colloqué

que pour les intérêts de l'année courante, ceux qui ont couru du 1er février 1874 au 1er octobre suivant. Au contraire, si les deux années s'entendent de deux années quelconques à prendre parmi celles qui se sont écoulées depuis l'inscription, la prétention est bien fondée ; car, dans notre espèce, les intérêts n'ayant été payés que jusqu'au 1er février 1872, ce qui en reste dû pour la période qui s'est écoulée entre le 1er février 1872 et le 1er octobre 1874, c'est-à-dire pour deux années et huit mois, n'excède pas la mesure fixée par notre article.

Quelle est donc celle des deux solutions qui doit être adoptée ? C'est manifestement la seconde. La Cour de Riom, en infirmant un jugement du Tribunal de Cusset, qui s'était prononcé en ce sens, avait cependant jugé le contraire par arrêt du 16 décembre 1813. Mais cet arrêt, déféré à la censure de la Cour de cassation par M. le procureur général a été cassé dans l'intérêt de la loi. La Cour suprême s'est bornée à l'adoption des motifs exprimés dans le réquisitoire ; et, en effet, on ne saurait mieux faire que se référer à ces motifs, qui mettent dans tout son jour la vérité de la solution proposée. " L'intention évidente de la loi, a dit M. le procureur général, a été de fixer, autant que possible, le montant de la dette à l'égard des tiers, de faciliter les emprunts, d'éviter cette accumulation d'arrérages qui peut doubler le capital, et qui se concilie difficilement avec la publicité des hypothèques. Le législateur ne conserve les anciens principes, qui plaçaient les arrérages au même rang que le capital, que pour deux années et la courante... — Le principe une fois posé, il n'y avait pas de motif pour mettre des entraves à son exécution. On a dû laisser à la conséquence qui en résultait toute la latitude dont elle était susceptible : aussi le législateur n'a-t-il pas limité, n'a-t-il pas spécialisé. Il a fixé le nombre des années ; mais il n'a pas dit quelles années. Sous l'empire de l'édit de 1771, l'inscription valait pour tous les intérêts ; elle ne vaut aujourd'hui que pour deux années et l'année courante ; voilà toute la

différence. Si les deux premières années sont payées, le droit se reporte sur les années suivantes. Ce déplacement est de droit, il est dans la nature des choses, et se renouvelle si le payement se renouvelle. L'arrêt de la Cour de Riom a quelque chose de vrai ; c'est qu'au delà de ces années, il n'y a plus que la ressource des inscriptions particulières. Mais étendre ce principe, décider que ces années sont invariablement les premières, c'est faire une nouvelle loi... " Ce sont les motifs que la Cour de cassation sanctionne en les adoptant par son arrêt, et auxquels la doctrine s'est unanimement rattachée (1).

1017. Sur le second point, nous rencontrons des difficultés plus graves. Il s'agit de fixer le sens dans lequel l'art. 2151 parle de l'*année courante*.

Et d'abord, ces expressions impliquent-elles l'idée d'*une année pleine et entière*, en sorte qu'en s'ajoutant aux deux années dont nous venons de parler, le rang hypothécaire du capital soit assuré aux intérêts de *trois années?* Ou bien s'agit-il ici seulement d'une fraction d'année tellement que le créancier n'ait droit d'être colloqué au rang du capital que pour deux années et le prorata de l'année qui court au moment où cessent les effets de l'art. 2151 ? C'est une question que, jusqu'à ces derniers temps, la doctrine avait tranchée plutôt qu'elle ne l'avait résolue. D'une part, M. Tarrible affirmait, sans preuve, que la collocation légale au rang du capital ne peut avoir lieu *que pour deux années pleines d'intérêts, et pour la partie de l'année courante qui se trouve écoulée lors de la distribution;* et c'est en ce sens que s'est prononcé un jugement du Tribunal civil de Lyon (2).—D'un

(1) Voy. Cass., 27 mai 1816.—*Junge :* Angers, 18 juill. 1827.—Voy. MM. Merlin (*Quest.*, v° Inscript., ¿ 2 *bis*); Grenier (t. I, n. 200); Dalloz (*Rép.*, v° Hyp., p. 403, n. 30); Duranton (t. XX, n. 149); Troplong (n. 698); Martou (1119); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, sur l'art. 2151); Aubry et Rau (t. II, p. 858 et 859; 4e édit., t. III, p. 423); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 232, note 3).

(2) Trib. de Lyon, 25 mars 1846 (*J. du not.*, 2e série, n. 218, p. 127); M. Tarrible (v° Inscript. hyp., ¿ 5, n° 14).

autre côté, M. Troplong affirmait, en sens contraire, mais sans preuve également, que l'année courante doit être allouée en entier, quand il est dû trois ans ou plus d'intérêts ; et c'est ainsi que la question a été résolue par la Cour de Montpellier (1).

S'il s'agissait ici de faire la loi, peut-être y aurait-il plus d'une bonne raison pour donner la préférence à ce dernier système. En effet, on peut dire d'abord, contre celui de M. Tarrible, qu'il laisse dans les accessoires conservés par l'inscription une grande indétermination résultant non-seulement de ce que le taux des intérêts ou des arrérages peut être plus ou moins élevé, mais encore de ce que l'année courante peut varier depuis un jour jusqu'à trois cent soixante-quatre ou trois cent soixante-cinq jours ; et, à ce point de vue, le principe de la publicité n'est pas complétement satisfait, puisque le tiers qui voudrait contracter avec le propriétaire d'un immeuble grevé d'hypothèque ne peut pas, en consultant l'inscription, calculer exactement les sommes conservées par cette inscription. Ensuite on peut objecter que ce système conduit à des inégalités choquantes, en ce que, par exemple, le créancier auquel sont dus les intérêts de trois ans et un jour est traité bien moins favorablement que celui qui aurait à en réclamer trois années moins un jour, puisque ce dernier a droit d'être colloqué dans l'ordre pour tous les intérêts au même rang que pour le capital, tandis que le premier, dans ce système, n'y doit être admis que pour les intérêts de deux ans et un jour. Aussi la loi pourrait-elle et peut-être devrait-elle être modifiée s'il y avait à la refaire (2).

(1) Montpellier, 27 juin 1847 (Dall., 50, 1, 222) ; M. Troplong (n. 691 *ter*).—*Junge :* M. Persil (art. 2151, n. 3).

(2) Elle a été modifiée en Belgique par la loi du 16 déc. 1851, dont l'art. 87 dispose d'une manière invariable que tout créancier inscrit pour un capital produisant intérêt a droit d'être colloqué *pour trois années* au même rang que pour son capital. Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 324, 325) ; Martou (t. III, p. 188).—Et, en France, dans les projets de réforme discutés de 1849 à 1851, on tendait à l'uuiformité dans les con-

Mais nous n'avons ici qu'à l'interpréter: et alors on ne peut que se rendre à l'avis indiqué par M. Tarrible. Rappelons-nous, en effet, les termes de la loi de brumaire. L'art. 19 exprimait que " le créancier inscrit pour un capital produisant des intérêts a droit de venir, *pour deux années d'arrérages*, au même rang d'hypothèque que pour son capital." Or, l'art. 2151 n'est pas autre chose que la reproduction de ce texte, sauf l'extension de l'inscription aux intérêts de l'année courante. Ce simple rapprochement dit que si les rédacteurs du Code eussent entendu accorder *une troisième année*, ils s'en fussent tenus assurément à la formule si simple et si naturelle de la loi de brumaire qu'ils avaient sous les yeux et dont ils adoptaient le principe. Quand les rédacteurs de cette loi ont voulu allouer *deux années* d'intérêt au créancier inscrit, ils n'ont pas dit que le créancier viendrait *pour une année seulement et pour l'année courante.* Comment supposer que le Code, s'il en a voulu donner trois, ne l'ait pas dit nettement, à l'exemple de la loi de brumaire, au lieu d'envelopper sa pensée dans une formule ambitieuse et on ne peut plus équivoque ? Evidemment, le texte ici est décisif, d'autant plus qu'il serait de tous points inexact, s'il avait la signification qu'on lui prête dans le système contraire, puisqu'il n'y a point, à proprement parler, d'*année courante*, s'il s'agit en réalité de trois années révolues.

Ajoutons que la pensée dont la loi s'est inspirée n'est pas moins décisive. Et, en effet, la disposition de l'art. 2151 est complexe. En même temps qu'elle donne à l'inscription du capital l'effet de garantir les intérêts pendant la période fixée, elle avertit que le créancier peut assurer à ses autres intérêts le bénéfice de l'hypothèque au moyen d'inscriptions successives pour chaque année qui viendra s'ajouter aux

séquences de la loi en établissant une proportion entre les intérêts conservés de plein droit par l'inscription et le capital ; cette proportion, fixée d'abord au dixième, avait été élevée au sixième dans les derniers projets. Voy. le Rapport de M. de Vatimesnil (p. 43 et 193) et l'art. 2156 du projet préparé pour la troisième délibération.

années conservées par l'inscription primitive. Mais ces inscriptions particulières ne peuvent être prises qu'après chaque année révolue (voy. n° 1023). Et alors qu'arrive-t-il si, plus de deux années s'étant écoulées depuis l'inscription primitive, les effets de l'art. 2151 viennent à être réglés avant l'expiration de la troisième? Il arrive qu'empêché de s'inscrire pour les intérêts de portion d'année tant que l'année n'est pas révolue, le créancier ne peut pas se secourir lui-même; voilà pourquoi la loi, venant à son aide, lui accorde l'année courante indépendamment de deux années pleines et entières. Mais l'année une fois révolue, le créancier peut agir et assurer ses droits par une inscription particulière; la loi ne lui doit plus rien alors: voilà pourquoi l'expression *année courante* ne peut pas équivaloir, dans notre article, à l'expression *année pleine et entière.* C'est, du reste, l'opinion qui tend aujourd'hui à prévaloir (1).

Nous ne voulons pas dire, cependant, que le créancier inscrit ne puisse jamais être colloqué pour trois années d'intérêts, ou même plus, en vertu de l'inscription primitive; nous verrons, au contraire, qu'il est telles hypothèses où les inté-

(1) Nous l'avons soutenue à l'occasion du jugement du Tribunal de Lyon, du 25 mars 1846, cité plus haut (*Rev. de législ.*, année 1846, t. II, p. 337 et suiv.); elle a été défendue depuis par M. le président Nicias Gaillard (*ibid.*, 1850, t. II, p. 270), et consacrée par la Cour de cassation, une première fois lorsqu'elle a cassé l'arrêt de la Cour de Montpellier ci-dessus cité, par arrêt du 1er juill. 1850 (Dall., 50, 1, 222; *J. Pal.*, 1850, t. II, p. 550; S.-V., 50, 1, 710), et une seconde fois lorsque, par arrêt du 24 févr. 1852 (Dall., 52, 1, 46; S.-V., 52, 1, 174; *J. Pal.*, 1854, t. I, p. 39), elle a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Caen. Voy. encore MM. Dalloz (*loc. cit.*, n. 31), Duranton (t. XX, n. 151), et nos articles dans la *Revue critique* (t. I, p. 11, et t. II, p. 407).—Ajoutons que la formule adoptée par les rédacteurs de la loi du 10 déc. 1874 sur l'hypothèque maritime est explicite en ce sens: « L'inscription, porte l'art. 13, garantit... *deux années d'intérêt en sus de l'année courante.*»— D'ailleurs, l'année courante peut comprendre un semestre et une fraction de semestre, si les intérêts sont payables par six mois. Lyon, 9 juin 1865 (S.-V., 65, 2, 304; *J. Pal.*, 1865, p. 1138).

rêts de plus de trois années devront lui être alloués au même rang que le capital : mais ce n'est pas par application de l'art. 2151 ; c'est ce que nous indiquerons bientôt (voy. n° 1020 et 1023). Auparavant, nous avons à compléter nos explications sur l'*année courante*, dont il est question dans cet article.

1018. Cette année courante, nous venons de l'établir, n'est pas une année entière : c'est une portion d'année. Quelle est cette portion et où commence-t-elle ?

Et d'abord, il ne s'agit pas ici de l'année où l'inscription est prise. Seul M. Persil (1) avait émis cette opinion ; toutefois, il ne paraît pas y avoir persisté : c'est qu'en effet, dans ce système, l'année courante (à supposer qu'il y en eût une, ce qui pourrait ne pas être, par exemple si l'inscription était prise le jour même où l'hypothèque aurait été constituée) précéderait les deux années pleines que conserve l'inscription, tandis que, d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi, cette année courante doit évidemment suivre les deux autres. Ce n'est donc pas de l'année de l'inscription qu'il s'agit ici.

1019. Quand donc commence l'année courante dont il est question ? Quand finit-elle ? En d'autres termes, quel est l'événement qui sert de limite aux effets de l'art. 2151 et fait cesser ces effets ? Ce point soulève de graves controverses et donne lieu aux opinions les plus divergentes. On prétend, d'une part, que l'époque à laquelle il faudrait se reporter pour déterminer les intérêts garantis par l'inscription au même rang que le capital serait celle de l'adjudication (2) ; d'un autre côté, on dit que ce serait la date de l'acte qui immobilise les fruits (c'est-à-dire la transcription de la saisie d'après l'art. 682 C. proc.), ou de la notification faite aux

(1) Voy. M. Persil (art. 2151, n. 3.

(2) Voy., en ce sens, l'arrêt de la Cour de Montpellier, du 27 juin 1847, cité à l'une des notes précédentes.—*Junge :* Bordeaux, 26 août 1868 ; Alger, 9 mars 1870 ; Cass., 30 juill. 1873 (Dall., 70, 2, 176 ; 74, 1, 106 ; S.-V., 69, 2, 101 ; 71, 2, 15 ; *J. Pal.*, 1869, p. 461 ; 1871, p. 88).

créanciers inscrits, suivant qu'il s'agit d'une expropriation forcée ou d'une aliénation volontaire (1); enfin, dans un autre système, on se rattache à la demande en collocation (2).

La dernière solution est, à notre avis, la meilleure. D'abord elle est, pour ainsi dire, indiquée par l'art. 2151. On y lit, en effet, que le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt ou arrérage a droit d'*être colloqué* pour deux années seulement et pour l'*année courante;* et la combinaison de ces termes de la loi fournit au moins un indice que, dans la pensée du législateur, l'année courante dont il parle est celle qui court au moment de la demande en collocation, et, par suite, que les effets de l'art. 2151 cessent, pour chaque créancier inscrit, précisément le jour où il forme cette demande.

Ensuite ce système se défend par cette considération plus décisive que seul, parmi tous ceux qui sont proposés, il répond exactement à la pensée de la loi. Car, répétons-le, la limitation des intérêts consacrée par l'art. 2151 a pour fondement le principe même de la publicité : le législateur veut que les tiers, en consultant l'inscription, puissent se rendre compte exactement de la charge qui pèse sur l'immeuble et en apprécier l'importance. Mais après la transcription de la saisie et même après l'adjudication, des hypothèques nouvelles pourront être constituées sur l'immeuble soit par le saisi lui-même (voy. n° 353 et 623), soit par l'adjudicataire. Or, les nouveaux créanciers seront assurément trompés, et, à leur égard, les inscriptions préexistantes n'auront pas rem-

(1) Voy. MM. Troplong (n. 698 *bis*) ; Taulier (t. VII, p. 348) ; Aubry et Rau (t. II, p. 859, note 21 ; 4e édit., t. III, p. 423, note 22) ; Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 233, note 4).—Voy. aussi Req., 5 juill. 1827, et le jugement précité du Tribunal de Lyon, du 25 mars 1846.—*Junge:* Nancy, 12 juin 1832, et Orléans, 7 déc. 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 1159).

(2) Voy. Cass., 27 mai 1816, et l'arrêt déjà cité de la Cour de Lyon, du 9 juin 1865. Voy. aussi MM. Tarrible (*Inscrip. hyp.*, § 3, n. 14) ; Grenier (t. I, n. 100) ; Blondeau (*Rev. de législ.*, t. II, p. 178, et t. III, p. 342) ; Zachariæ (t. II, p. 199 et note 4) ; Duranton (t. XX, n. 150) ; Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 499) ; Ollivier et Mourlon (n. 436).

pli leur objet si l'on suppose que les titulaires de ces inscriptions devront être admis et colloqués dans l'ordre non-seulement pour les intérêts des deux années et de l'année courante qui ont précédé la transcription de la saisie ou l'adjudication, mais encore pour tous ceux qui ont pu courir depuis. On le voit donc, les motifs sur lesquels est fondée la disposition de l'art. 2151 subsistent encore même après la transcription de la saisie, même après l'adjudication ou la vente volontaire suivie de notification. Ces motifs ne disparaissent réellement que lorsque le créancier inscrit agit pour l'exercice de son droit hypothécaire. Et comme c'est la production à l'ordre ou la demande en collocation qui constitue l'exercice du droit hypothécaire, il faut dire que c'est cette production ou cette demande qui sert de limite aux effets de notre article et détermine les intérêts auxquels l'inscription donne de plein droit le rang hypothécaire du capital.

1020. Néanmoins, si l'art. 2151 doit être limité aux intérêts échus avant la demande en collocation, ce n'est pas à dire que la créance hypothécaire conservée par l'inscription ne puisse pas s'augmenter d'intérêts échus après cette demande. En effet, il peut s'écouler, entre le jour où un créancier produit à l'ordre et celui où il obtient sa collocation et se trouve en mesure de se faire payer, un espace de temps assez considérable et qui peut se prolonger beaucoup si, à propos des collocations, il s'élève des contestations sur lesquelles il faudra faire statuer en première instance et peut-être en appel. Le créancier qui, en produisant à l'ordre, a fait tout ce que la loi exigeait de lui, ne doit pas être privé des intérêts qui ont couru pendant cet intervalle; ce n'est pas par sa faute si des circonstances particulières sont survenues qui l'ont empêché de recevoir son payement. Aussi la limitation de l'art. 2151 ne s'applique-t-elle pas à ces intérêts ; ils doivent être alloués au même rang d'hypothèque que le capital, non plus en vertu de cet article, mais par application des principes généraux qui font des intérêts l'accessoire du capital. Cela résulte nettement des art. 757, 767 et 770 du

Code de procédure civile. C'est ici l'un des cas particuliers auxquels nous avons fait illusion plus haut (voy. nº 1017), en disant que, nonobstant le principe de l'art. 2151 qui accorde au créancier inscrit seulement deux années d'intérêts et une fraction d'une troisième année, il peut arriver que le créancier obtienne, en vertu de l'inscription primitive, trois années pleines d'intérêts ou même plus, au rang d'hypothèque que cette inscription assigne à son capital. La jurisprudence est fixée en ce sens (1); elle va même jusqu'à décider que lorsque dans un ordre judiciaire une créance hypothécaire *est colloquée éventuellement*, les intérêts de cette créance courus depuis le règlement définitif de l'ordre doivent, *lors de la réalisation de l'éventualité*, être payés sur ce qui reste libre de la masse hypothécaire, par préférence aux dettes chirographaires (2).

1021. Mais lorsque le règlement définitif de l'ordre a fixé le montant des créances en principal et intérêts, il y a un droit acquis, une sorte de contrat judiciaire qui règle d'une manière irrévocable les droits de toutes les parties qui ont figuré dans l'ordre; et désormais la créance que chacune d'elles doit prendre sur la masse hypothécaire ne peut pas s'augmenter des intérêts qui courraient jusqu'au payement effectif. Cela fut jugé dans une espèce où, après le règlement définitif de l'ordre, il y avait eu revente sur folle enchère, faute par l'acquéreur d'avoir payé les bordereaux de collo-

(1) Voy. Cass., 4 août 1807, 21 nov. 1809; Req., 5 juill. 1827, 2 avr. 1833; Paris, 26 déc. 1807; Rouen, 26 juin 1810; Rennes, 7 mars 1820; Orléans, 10 juin 1825; Bordeaux, 19 déc. 1826; Bourges, 25 mai 1827 et 23 mai 1829; Nancy, 12 juin 1832 et 12 avr. 1874; Angers, 26 nov. 1846 (S.-V., 28, 1, 105; 33, 1, 378; 76, 2, 22; *J. Pal.*, 1876, p. 195; Dall., 47, 2, 53). Voy. aussi MM. Tarrible (vº Saisie immobil., § 8, n. 3); Merlin (*Quest.*, vº Inscript. hyp., § 2); Grenier, (t. I, n. 102); Delvincourt, (t. III, p. 340); Duranton, (t. XX, n. 151); Zachariæ, (t. II, p. 200, note 5); Troplong (n. 699 *bis*): Martou n. 1125; Aubry et Rau (4e édit., t. III, p. 425).—Voy. cependant M. Blondeau (*Rev. de législ.*, t. II, p. 184).

(2) Req. 22 janv. 1840 (S.-V., 40, 1, 275).—Voy. cependant Bordeaux, 6 juin 1848 (Dall. 51, 2, 152).

cation. Il fut décidé que, dans ce cas, les créanciers colloqués en premier rang ne peuvent, au détriment de ceux qui viennent après, et de l'ordre primitivement arrêté, réclamer, sur le prix de la seconde adjudication, le payement des intérêts de leurs créances courus depuis la clôture de l'ordre, et qu'ils n'ont alors de recours à exercer que contre le premier acquéreur, pour les droits qu'ils croient avoir à cet égard (1).

1022. Ceci dit sur la question de savoir quelles sont les deux années et quelle est l'année courante dont parle l'art. 2151, il reste à faire remarquer que les intérêts qui pourraient être dus au créancier indépendamment de ceux que l'inscription conserve de plein droit, et auxquels elle donne le rang hypothécaire du capital, constituent, quoique non garantis par l'inscription primitive, une créance non pas simplement chirographaire, mais hypothécaire. Ils sont, en effet, un accessoire du capital, et, à ce titre, ils participent au bénéfice de l'hypothèque acquise pour sûreté du capital. Seulement, l'inscription primitive ne les conservant pas, ils doivent, pour être recouvrés hypothécairement, être conservés par des inscriptions particulières. Et précisément parce que ces intérêts constituent une créance hypothécaire, comme celle du capital dont ils sont l'accessoire, les inscriptions particulières au moyen desquelles ils sont conservés peuvent être prises en vertu du titre même qui a conféré l'hypothèque pour sûreté du capital : le créancier trouve dans ce titre le droit de s'inscrire ; il n'a pas besoin de conventions spéciales pour y être autorisé.

1023. Mais, en principe, ces inscriptions doivent être prises successivement et à mesure des échéances, puisque c'est seulement quand ils sont échus que les intérêts sont dus, et qu'en principe la sûreté hypothécaire ne doit pas devancer la naissance de la créance garantie. Toutefois, ne pourrait-il pas être dérogé à cette règle par la convention? M. Troplong nous apprend que la question s'est présentée devant le Tri-

(1) Voy. Douai, 10 juin 1843 (S.-V., 44, 2, 18).

bunal de Nancy. Voici l'espèce. Un emprunt est souscrit avec constitution d'hypothèque, et il est stipulé dans l'acte que le capital ne sera remboursable qu'après le décès de la mère de l'emprunteur, et que les intérêts convenus à 5 pour 100 ne pourront pas non plus être exigés avant cette époque. En conséquence, le prêteur prend inscription pour sûreté du capital et pour dix années d'intérêts à échoir. La créance étant ensuite devenue exigible par le décès de la mère du débiteur, survenu plus de dix ans après la date de l'inscription, les immeubles grevés sont vendus et le prix en est mis en distribution : le créancier vient à l'ordre, où il demande sa collocation suivant son rang d'hypothèque (il était le premier inscrit) non-seulement pour son capital, mais encore pour tous les intérêts échus depuis la date du prêt. Etait-il fondé ? M. Troplong, sans dire comment la question a été résolue par le Tribunal de Nancy, se prononce, quant à lui, pour la négative. Il ne faut pas, dit-il, que les capitaux prêtés par des créanciers subséquents soient sacrifiés à des intérêts arréragés pendant un grand nombre d'années ; sans cela, l'art. 2151 restera toujours avec sa portée exempte d'exception et avec son texte inflexible et décisif : tant qu'il s'agit d'intérêts à échoir, la loi est claire ; l'inscription ne peut conserver que deux années et la courante ; tout le reste tombe dans la masse chirographaire, à moins qu'il n'y ait des inscriptions successives assurant hypothèque à compter de leur date (1).

Quant à nous, il nous est impossible d'adopter pleinement cet avis.

D'abord, nous nous demandons si la convention signalée par M. Troplong est valable en principe et d'une manière absolue. Et, à cet égard, nous concevons des doutes sérieux. Lorsqu'une loi précise établit la prescription des intérêts et arrérages (C. civ., art. 2277) ; quand, d'un autre côté, un principe général, en matière de prescription, ne permet pas

(1) Voy. M. Troplong (n. 700 *bis* et suiv.) ;—*Junge :* M. Martou (n. 1128).

de renoncer par avance à une prescription non accomplie (art. 2220), nous hésitons à considérer comme légale une convention qui autoriserait à cumuler dix, vingt, trente, cinquante années d'intérêts. Nous sommes donc porté à penser que la convention dont il s'agit ici ne serait valable que pour cinq ans seulement (C. civ., art. 2277) (1).

Mais, dans cette mesure, nous croyons, contrairement à l'avis de M. Troplong, que l'inscription primitive garantit les intérêts en même temps que le capital, pourvu que la convention y soit relatée. Sans doute, il faut, pour la conservation des intérêts autres que ceux des deux années et de l'année courante dont parle l'art. 2151, des inscriptions successives qui ne peuvent être prises qu'à mesure des échéances : c'est la règle. Toutefois, elle ne nous paraît pas tellement absolue qu'il ne puisse pas y être dérogé par une convention. Nous dirons ici, avec M. Blondeau, " que la prescription hypothécaire ne saurait atteindre des intérêts *qui ne sont pas exigibles, et qui sont véritablement une portion du capital.*" (2). Là est la raison de décider. Ajoutons qu'elle peut être corroborée par de trés-sérieuse considérations. Qu'a voulu l'art. 2151 ? Prévenir toute incertitude sur la véritable situation du débiteur. Mais ici où est l'incertitude et comment le doute serait-il possible ? Tous ceux qui ont traité avec le débiteur ont su nettement, en consultant l'inscription, qu'il était débiteur d'intérêts devant forcément s'accumuler pendant cinq années. D'un autre côté, l'art. 2151 a voulu, en outre, que le créancier veillât avec exactitude au recouvrement des intérêts annuels, afin que le débiteur ne succombât pas plus tard sous le poids d'intérêts agglomérés. Mais ici comment le créancier aurait-il pu se faire payer au fur et à mesure des échéances, quand la loi que les parties s'étaient faite lui liait les mains pour cinq ans ? Ces raisons, nous l'avouons, nous paraissent suffisantes pour conclure que, dans les termes

(1) Voy. cependant M. Caillemer (*Des Intérêts*, p. 88, n. 5).

(2) Voy. M. Blondeau (*Rev. de législ.*, t. IV, p. 276 et suiv.).

où nous réduisons l'espèce signalée par M. Troplong, il n'y aurait pas lieu à l'application de l'art. 2151, et que le créancier serait fondé à exiger hypothécairement les cinq années d'intérêts de sa créance en vertu de son inscription primitive (1).

1024. Hors de là, les intérêts autres que ceux de deux années et de l'année courante n'obtiennent, quoique accessoires de ce capital, le bénéfice de l'hypothèque qu'à la condition d'être spécialement conservés, et à mesure des échéances, par des inscriptions particulières dont l'effet est d'attribuer rang d'hypothèque à compter de leur date. L'art. 2151 est aussi très-positif sur ce point.

Rappelons seulement que, nonobstant la prohibition posée en principe dans l'art. 2146 du Code civil, reproduite ensuite et développée, mais seulement pour le cas de faillite, dans les art. 446 et 448 du Code de commerce (voy. *suprà*, n° 869 et suiv.), ces inscriptions particulières peuvent être prises par le créancier même dans le cas où le débiteur est en état de faillite, et aussi dans le cas où le débiteur étant décédé, sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire. Nous avons démontré plus haut que cette prohibition s'applique uniquement aux inscriptions ayant pour objet la conservation d'une créance *principale*, et, dès lors, qu'elle ne fait pas obstacle à ce que, soit après la faillite du débiteur, soit après l'ouverture de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, des inscriptions particulières soient prises pour conserver les *intérêts* de créances hypothécaires régulièrement et valablement inscrites (voy. *suprà*, n° 889 et 925).

1025. Cependant le contraire a été expressément jugée, pour le cas de faillite, par arrêt de la Cour de Caen. La Cour y exprime formellement "qu'il faut conclure du rapprochement des art. 2146 et 2151 que le législateur a voulu que le

(1) M. le conseiller Nachet s'est prononcé en sens contraire dans le savant Rapport fait à la chambre des requêtes à l'occasion d'un pourvoi en cassation dirigé contre un arrêt de la Cour de Paris du 18 juin 1872 (S.-V., 73, 1. 36; *J. Pal.* 1873, p. 57).

créancier *ne pût prendre utilement inscription, pour les intérêts échus depuis le jour de l'ouverture de la faillite, et par conséquent les obtenir hypothécairement,* ce qui est évidemment fondé sur ce qu'à partir de ce moment les droits de tous les créanciers sont irrévocablement fixés, et qu'aucun d'eux ne peut en obtenir de nouveaux au préjudice des autres ; que les dispositions de l'art. 445 du Code de commerce ne sont point en opposition avec ce système ; que si cet article assure aux créanciers hypothécaires le payement du capital et des intérêts échus après l'ouverture de la faillite, il ne dit pas que ces intérêts, par dérogation aux art. 2146 et 2151 du Code civil, seront garantis par l'hypothèque du capital, *ou qu'il permet de les inscrire particulièrement au fur et à mesure de leurs échéances,* ou enfin qu'il dispense de les inscrire, *d'où il faut conclure que, en les accordant il veut qu'ils forment* une créance chirographaire." (1). C'était faire l'application la plus inexacte de la règle exceptionnelle consacrée dans la partie prohibitive de l'art. 2146 ; nous l'avons établi au n° 889 avec la jurisprudence, et notamment sur l'autorité d'un arrêt très explicite et très-formel rendu par la Cour de cassation le 20 février 1850. Il est vrai que le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour de Caen a été rejeté le 24 février 1852 (2). Mais ce n'est pas à dire que la Cour de cassation ait, à deux ans de distance, contredit sa propre doctrine. Tout au contraire, l'arrêt de 1852 est une confirmation énergique de la théorie établie dans celui de 1850. Dans l'espèce, aucune inscription particulière n'ayant été prise pour les intérêts dus indépendamment de ceux des deux années et de l'année courante conservés de plein droit par l'inscription du capital, la Cour suprême ne pouvait pas prononcer la cassation d'un arrêt dont le dispositif, en définitive, déclarait purement chirographaire la créance de ces intérêts. Mais, notons-le bien, c'est le dispositif seulement qui a été maintenu ; quant aux

(1) Caen, 10 août 1847 (*J. Pal.*, 1854, t. I, p. 40).

(2) Voy. l'arrêt de rejet du 24 févr. 1852 (*J. Pal.*, loc. cit. ; Dall., 52, 1, 46 ; S.-V., 52, 1, 174).

motifs, ils ont été condamnés aussi énergiquement que cela pouvait être dans un arrêt de rejet : la Cour de cassation a positivement déclaré que ni l'art. 445 ni l'art. 448 du Code de commerce n'ont dérogé au principe établi par l'art. 2151 du Code civil, et que si le premier de ces articles fait courir, même après la faillite du débiteur, les intérêts des créances hypothécaires, ces intérêts eux-mêmes n'ont du moins le rang hypothécaire que dans les termes de l'art. 2151 ; et, par conséquent, que, *lorsqu'il s'agit d'intérêts*, il faut, loin de tenir compte de l'art. 448 du Code de commerce, qui ne permet pas de prendre inscription après la faillite du débiteur, dire au contraire que non-seulement le créancier *peut*, mais encore qu'il *doit* prendre des inscriptions particulières pour assurer le rang hypothécaire à ceux que l'inscription primitive n'a pas conservés de plein droit.

III.—1026. Voyons maintenant quels sont les intérêts auxquels s'étendent les prévisions du législateur. Ici encore, il faut s'attacher au texte de la loi, et, sans en étendre les termes, leur laisser au moins toute leur portée. Or la loi donne, par l'effet de l'inscription prise pour sûreté d'un capital, le rang hypothécaire de ce capital aux *intérêts ou arrérages* qu'il produit. De là plusieurs conséquences.

1027. D'une part, puisque l'art. 2151 parle limitativement des *intérêts*, la collocation autorisée ne .doit pas comprendre l'intérêt des intérêts. La Cour d'Angers s'est prononcée en ce sens dans une espèce où les intérêts des intérêts avaient été stipulés par la convention entre le débiteur et le créancier ; et la Cour de Bourges a suivi la même doctrine dans l'hypothèse où ces intérêts avaient leur principe dans une demande judiciaire (1). La raison de décider est la même, en effet, dans les deux situations. Sans doute le créancier peut demander, comme le dit la Cour de Bourges, que les intérêts soient capitalisés et produisent des intérêts ; mais les intérêts

(1) Angers, 25 nov. 1846 ; Bourges, 30 avr. 1853 (Dall., 17, 2, 53 ; 54, 2, 52 ; *J. Pal.*. 1847, t. II, p. 483 ; 1853, t. II, p. 228).

produits forment un supplément de créance que l'on ne saurait faire entrer dans la collocation, parce que, ajouter aux intérêts des intérêts accessoires, ce serait, en excédant les limites que la loi a tracées, aggraver la position des créanciers postérieurs contrairement à leurs prévisions fondées sur les dispositions précises et limitatives de l'art. 2151.

1028. Néanmoins il est un cas où la capitalisation des intérêts va de droit, et où ces intérêts capitalisés s'ajoutent au capital pour jouir du même rang d'hypothèque : c'est le cas où l'hypothèque a été constituée pour sûreté d'un crédit ouvert. Dans cette hypothèse, sur laquelle nous nous sommes suffisamment expliqué plus haut (voy. nº 711 et suiv.), les intérêts des avances faites par le créditeur se capitalisent de trois mois en trois mois, ou de six mois en six mois, en sorte qu'ils font alors partie intégrante et constitutive du capital du crédit dont ils ne peuvent plus être ni séparés ni distingués. Ces intérêts se trouvent donc garantis comme capital en tant qu'étant réunis à ce capital, le montant total n'excède pas la somme limitée par le crédit ; et dès lors la disposition de l'art. 2151, qui étant l'effet de l'hypothèque à la garantie des intérêts de deux années et de l'année courante, n'est applicable, dans cette hypothèse, qu'aux intérêts échus postérieurement à la balance définitive du compte courant ouvert par suite du crédit (1).

1029. D'une autre part, puisque la loi parle des *arrérages* en même temps qu'elle parle des intérêts, nous concluons qu'elle s'applique au créancier d'une *rente viagère* comme à tous autres créanciers. La loi du 9 messidor an 3 le disait expressément dans son art. 14, dont la disposition est ci-dessus reproduite (voy. nº 1014) : il est évident, par la juxtaposition des mots *intérêt* et *arrérage*, que l'art. 2151, quoique moins explicite, est conçu dans la même pensée. La Cour de Bordeaux avait cependant jugé en sens contraire, en se fon-

(1) Douai, 10 févr. 1853 (*J. Pal.*, 1854, t. II, p. 45 ; Dall., 54, 2, 109 ; S.-V., 53, 2, 305).

dant sur ce que, dans une rente viagère, le crédi-rentier n'a qu'une créance qui se renouvelle à chaque échéance de la rente convenue, et qu'il n'a pas *ce capital produisant intérêt ou arrérage* dont parle la loi ; d'où la Cour avait tiré cette conséquence que le créancier doit être colloqué pour tous les arrérages échus de la rente, bien qu'il n'ait pas pris d'inscription particulière à chaque échéance (1). Toutefois, cet arrêt est sans écho ; la Cour de Bordeaux elle-même n'a pas persisté dans sa doctrine ; et il est admis unanimement aujourd'hui que les rentes viagères rentrent dans les prévisions de l'art. 2151, qui, voulant assurer la publicité de l'hypothèque, ne fait aucune distinction (2).

IV.—1030. L'art. 2151 parle du créancier *inscrit* pour dire que les intérêts conservés par l'inscription sont colloqués au même rang d'*hypothèque* que le capital. De là deux restrictions sur lesquelles nous avons eu occasion de nous expliquer déjà, et qu'il importe de rappeler ici.—En premier lieu, l'art. 2151, en parlant du rang d'*hypothèque*, se restreint par ses termes aux intérêts des créances *hypothécaires ;* la disposition n'en est donc pas applicable aux créances *privilégiées* dont tous les intérêts sont conservés, en vertu de l'inscription primitive, au rang de *privilége* du capital dont ils sont l'accessoire. Nous avons démontré cela au n° 197 ; nous y renvoyons le lecteur.—En second lieu, en parlant du créancier *inscrit,* cet article se restreint encore par ses termes aux intérêts des créances dont l'hypothèque n'existe au regard des tiers qu'à la condition d'être inscrite ; la disposition n'en est donc pas applicable aux intérêts des créances des femmes contre leurs maris et des mineurs ou des interdits contre leurs tuteurs, puisque l'hypothèque que le législateur a cru

(1) Bordeaux, 23 août 1823.

(2) Ce sont les termes d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 août 1828 (Dall., 28, 1, 331). Voy. aussi Bordeaux, 3 févr. 1829 et 15 févr. 1832 (Dall., 29, 2, 285 ; S.-V., 33, 2, 59) —*Junge :* MM. Zachariæ (t II, p. 198, note 1) ; Blondeau (*Rev de législ.*, t. IV, p. 278) ; Duranton (t. XX, n. 155) ; Troplong (n. 700) ; Martou (n. 1122).

devoir attacher à ces créances existe indépendamment de toute inscription. Nous avons établi ce point également aux n° 436 et 439. Nous ajouterons pourtant ici deux observations importantes.

1031. La première, c'est que la solution doit être étendue même aux intérêts des créances de l'Etat, des communes et des établissements publics sur les biens de leurs comptables. A la vérité, il s'agit ici d'une hypothèque qui, bien que légale, est néanmoins sujette à inscription; et, par ce motif, notre doctrine a trouvé d'énergiques contradicteurs (1). Mais la raison de décider est, à notre avis, dans l'art. 2153 (voy. *suprà*, n° 996). La Cour de cassation, qui s'est prononcé en ce sens, a dit avec raison que les droits et valeurs indéterminés dont parle cet article s'entendent aussi bien des *intérêts* du capital du débet présumé du comptable que de ce capital même, et que les comptes du Trésor se composant nécessairement du capital et des intérêts qui courent de plein droit en sa faveur, l'inscription prise pour la conservation des droits éventuels du Trésor comprend conséquemment la somme *capitale* et les *intérêts* (2).

1032. La seconde observation, c'est que notre solution, en ce qui concerne l'hypothèque légale des femmes, des mineurs et des interdits, doit se combiner maintenant avec les règles établies par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Déjà, avant cette loi, on disait que l'art. 2151 devient applicable dès que les créances garanties par cette hypothèque sont liquidées, parce que les intérêts alors sont exigibles comme le capital, et que la collusion est possible entre le créancier et le débiteur, au préjudice de ceux qui traiteraient ultérieurement avec ce dernier (3). Ceci n'est plus contestable maintenant en présence de l'article 8 de la loi de 1855, qui oblige la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit

(1) Voy. MM. Duranton (t. XX, n. 154); Troplong (n. 701 *bis*).

(2) Voy. Rej., 12 mai 1829 (Dall., 29. 1, 245).—Voy. aussi MM. Dalloz (v° Hyp., p. 403, note 1); Blondeau (*loc. cit.*, p. 276).

(3) Voy. M. Blondeau (*loc. cit.*, p. 363 et suiv.).

relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause, à rendre l'hypothèque publique par une inscription prise dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle (voy. *suprà*, n° 806 et suiv.). C'est par l'inscription alors que l'hypothèque est conservée; elle entre donc dans les termes de l'art. 2151. Par conséquent, le créancier qui aurait laissé s'arrérager les intérêts n'aurait droit de se faire colloquer, en vertu de l'inscription primitive, au rang hypothécaire du capital, que pour ceux de deux années et de l'année courante; il ne pourrait recouvrer hypothécairement les intérêts dus en sus qu'autant qu'il les aurait conservés par des inscriptions particulières (1).

V.—1033. Terminons sur l'art. 2151 en faisant remarquer que le principe de limitation qu'il consacre peut être invoqué par tous les créanciers, même par les créanciers chirographaires. C'est un corollaire de l'opinion émise au n° 729, où l'on a vu que tous les tiers, quels qu'ils soient, peuvent opposer le défaut d'inscription ou les irrégularités dont l'inscription serait entachée. En effet, par cela même que les créanciers chirographaires peuvent contester utilement dans leur intérêt l'efficacité des hypothèques non inscrites ou inscrites irrégulièrement, ils peuvent s'opposer à ce que le créancier inscrit recouvre hypothécairement les intérêts de sa créance autres que les intérêts assurés de plein droit par l'inscription de cette créance, s'il n'a pas eu le soin de conserver par des inscriptions particulières les intérêts dus en sus.

La prétention contraire a cependant été portée devant la Cour de cassation. On a soutenu que si l'art. 2151 n'accorde au créancier inscrit que deux années d'intérêts et l'année courante, c'est uniquement dans le cas où plusieurs créanciers ayant des hypothèques inscrites sur un immeuble se trouvent

(1) Agen, 14 janv. 1868 (*J. Pal.*, 1868, p. 810; S.-V., 68, 2, 187).—*Conf.* MM. Aubry et Rau (t. II, p. 857; 4e édit., t. III, p. 421).—Voy. cependant Metz, 26 août 1863 (*J. Pal.*, 1864, p. 32; S.-V., 63, 2, 251), et M. Troplong (*Transcr.*, n. 318).

en concours sur la répartition du prix, et pour éviter qu'au moyen des intérêts indéfiniment accumulés les créanciers premiers inscrits puissent absorber le prix ; mais que jamais il n'y a eu le moindre doute sur l'affectation de l'immeuble hypothéqué au payement intégral des intérêts lorsque le créancier est seul inscrit, et qu'il exerce son action soit contre le débiteur, soit contre un tiers détenteur ; qu'alors, en effet, il n'y a pas de rang à conserver, et que, n'y ayant qu'une seule hypothèque, l'inscription primitive suffit sans inscription nouvelle pour tous les intérêts.—Mais la prétention a été justement rejetée. La loi, a dit la Cour de cassation, n'admet pas de condition intermédiaire entre les créanciers privilégiés ou hypothécaires et les créanciers chirographaires. Le régime de la publicité conduit à cette conséquence nécessaire que, dans le cas de non-inscription ou d'inscription nulle, les premiers descendent au rang des seconds *aussi bien pour les intérêts de leurs créances* que pour les capitaux non garantis ni conservés par l'inscription. Et alors on rentre de droit dans les termes des art. 2092 et 2093, d'après lesquels tous les créanciers du débiteur doivent venir en contribution sur le prix de ses biens (1).

Lahaie, sur art. 2151 C. N. } Sirey, 28, 1re partie, p. 412 ; Dalloz, 1828, 2e partie. p. 129 ; *id.*, 1827, 1re partie, p. 295 ; Sirey, 33, 1re partie, p. 318 ; Dalloz, 1817, 1re partie, p. 24 ; Sirey, 34, 1re partie, p. 504 ; *id.*, 30, 2e partie, p. 365 ; Guichard, inscrip. hyp., v. intérêts, t. 3, p. 374 ; Sirey, t. 10, 1re partie, p. 73 ; Grenier, hypothèques, t. 1er, p. 202.

(Avis du Conseil d'Etat, du 22 janvier 1818.

Hua.—On a voulu induire de cet article que le créancier ne pourrait être compris dans l'ordre du prix des biens de son débiteur, pour une quantité plus considérable d'arré-

(1) Rej., 15 avr. 1846 (*J. Pal*, 1846, t. I, p. 647; S.-V., 46, 1, 818; Dall., 52, 1, 119). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 856 et note 10; 4e édit., t. III, p. 420, note 11).

rages que celle dont l'inscription suffit pour conserver le rang ; pas même pour les intérêts qui seraient échus depuis la vente des biens hypothéqués. Je ne partage point cette opinion.

Persil, Régime hypothécaire.—La seule inscription pour le capital, encore qu'il n'y soit pas fait mention des deux années d'intérêts, leur conserve de plein droit le même rang qu'au capital.

Il importe peu que l'année courante soit prise pour celle de la date de l'inscription ou pour celle de la vente ; toujours est-il que la loi accorde trois années d'intérêts, si elles sont dues au même rang que le capital.

Bien plus : le créancier qui est utilement colloqué pour le capital doit l'être au même rang, outre les trois années d'intérêts, pour ceux échus depuis l'adjudication, et durant les contestations qui se sont élevées sur l'ordre. (Art. 767 et 770 du Code de procédure).

Toutefois, notre article n'est applicable que dans un ordre, lors de la fixation du rang des créanciers ; mais s'il ne s'agissait que de débats entre un créancier et un tiers acquéreur qui, ayant déjà payé son prix, s'efforcerait de faire restreindre la créance au préjudice de laquelle il aurait payé, ce tiers acquéreur ne pourrait pas prétendre ne payer que trois années d'intérêts. Il doit choisir entre le délaissement de l'immeuble ou le paiement intégral, en capital et intérêts. (Art. 2168).

Rolland de Villargues, v. inscriptions, n. 230.—Il est certaines créances, telles que celles du vendeur, des femmes et des mineurs, contre leur maris ou tuteurs, dont les intérêts n'ont nullement besoin d'être conservés, et doivent être alloués pour tout ce qui est dû, même au-delà de deux années et la courante.

N. 326.—Dans le cas de saisie immobilière, les intérêts qui ont couru depuis la dénonciation de cette saisie sont *exceptés* de la limitation de notre article, et doivent, comme *acces-*

soires, être colloqués au même rang que le capital de la créance. (Grenier, hypothèques, n. 102).

Grenier, Traité des hypothèques, n. 100.—Si le créancier inscrit avait été payé de deux ou même de plusieurs années qui auraient suivi immédiatement l'inscription, et s'il ne s'était fait des arrérages qu'après l'échéance de deux années, quel serait alors l'effet de l'inscription qui n'aurait pas été renouvelée ? Il est certain qu'elle conserverait deux de ces années postérieures, et celle qui courrait au moment où le paiement s'effectuerait.

N. 101.—Il s'est encore présenté la question de savoir si, dans le cas où l'inscription est nécessaire pour conserver les intérêts ou arrérages, comme accessoire hypothécaire, cette nécessité existe non seulement à l'égard des créanciers, mais encore par rapport au tiers acquéreur qui ne purge pas.

Je crois qu'on doit se décider contre le tiers détenteur.

Troplong, Commentaire des priviléges et hypothèques, n. 698.—Les deux années dont parle notre article, sont-elles limitativement les deux années *qui suivent l'inscription* ?

La Cour de Riom avait jugé l'affirmative par arrêt du 16 décembre 1813 ; mais cet arrêt a été cassé dans l'intérêt de la loi, par arrêt de la Cour régulatrice, du 27 mai 1816.

Le Code civil, en disant que l'inscription conserve deux années d'intérêts et l'année courante, *ne désigne point quelles sont ces deux années* Dès lors, il suffit qu'il soit dû deux années pour qu'on puisse requérir la collocation au même rang d'hypothèque que pour la créance. Peu importe que ces deux années suivent immédiatement l'inscription, ou qu'elles en soient *séparées* par *un grand nombre d'années d'intérêts payés.* Si elles sont dues au moment de la distribution, elles *jouissent de l'hypothèque.*

Les trois années dont parle notre article ne sont donc pas limitativement les trois premières années postérieures à l'inscription, mais bien les trois années *qui suivent le dernier paiement des intérêts.*

Cette doctrine, fondée sur une saine interprétation de l'art. 2151, est celle de MM. Merlin et Grenier.

N. 698 *ter*.—L'année courante doit-elle être allouée en *entier*, quand il est dû trois ans et plus d'intérêts ?

L'affirmative ne me paraît pas douteuse; je l'ai toujours vue prévaloir dans la pratique. L'année courante est une année pleine. C'est dans ce sens que le législateur parle de l'année courante dans l'art. 2102. Quand le législateur dit que l'année courante sera allouée, il n'y a pas à équivoquer, et, malgré les scrupules de M. Dalloz, on doit dire que c'est l'année tout *entière* qui est accordée, et non pas une *partie de l'année*.

N. 701.—On ne doit pas étendre l'art. 2151 aux intérêts produits par les créances des femmes et des mineurs ayant hypothèque légale. En effet, il n'a été conçu que pour les créances dont l'hypothèque est soumise à l'inscription.

Question controversée.—Cet article peut-il être invoqué par le tiers détenteur comme par les créanciers inscrits ? Et ce tiers détenteur ne doit-il que les intérêts conservés par l'inscription ? Pour l'affirmative : Troplong, hypothèques, t. 2, n. 788; Dalloz, v. hypothèques, p. 402. Contre : arrêt de Bruxelles, 4 avril 1806, Dalloz, v. hypothèques, p. 320; Grenier, hypothèques, t. 1er, n. 101 ; Persil, Régime hyp., sur l'art. 2151, n. 11. (Journal de la Magistrature, t. 3, p. 13 à 15).

(Voir encore, sur cet art. Battur, hypothèques, n. 449 ; Duranton, t. 20, n. 147, 148, 149, 150, 151 ; Merlin, R., v. inscrip. hyp., § 3, n. 14; Dalloz, v. hypothèques, chap. 2, sect. 8, n. 29, 31).

---

14 *L. C. Jur.*, *p.* 125. *Macdonald et Nolin*, *en appel*, *Montréal*, 1869. } JUGÉ :— 1° Que le tiers-détenteur poursuivi hypothécairement est tenu au paiement de tous les arrérages d'intérêt non prescrits, au-delà de deux ans et l'année courante ; quoiqu'aucun enregistrement spécial n'en ait été fait.

2° Que la formalité de l'enregistrement d'un bordereau d'arrérages d'intérêt non-prescrits, au-delà de deux années et l'année courante, n'a

l'effet de changer la loi commune que pour un cas particulier, savoir : pour le cas où, deux créanciers hypothécaires se présentent par concurrence à la distribution du produit d'un immeuble vendu en justice.

Une action hypothécaire a été intentée le 2 juillet 1868, dans le district d'Iberville, par les appelants contre l'intimé pour $553.

Dans leur action, les appelants allèguent que le 20 février 1868, ils ont fait inscrire, suivant la loi, au bureau des hypothèques, à St. Jean, un sommaire des intérêts dus en vertu de leurs obligations à venir au 4 janvier 1868.

Par ce sommaire les appelants ont enregistré 4 ans 9 mois 4 jours d'intérêt sur la première obligation ; 3 ans et 24 jours sur la 2de et 2 ans 9 mois et 14 jours sur la 3e.

L'intimé, par une exception qu'il a produite à l'action, a allégué que dès mars 1867, Louis Molleur, son auteur, était propriétaire et possesseur de la terre qui avait été hypothéquée par Eloge Tremblay, et en vertu de titres enregistrés en mars 1867. Que cette terre se trouvait, le 7 avril 1868, hypothéquée pour une égale et même somme, en vertu des dits trois actes d'obligations, savoir, pour une somme de $553 de capital et en sus, pour $144 d'intérêts, pour deux années entières, et ce qui était dû sur l'année alors courante, formant $697, et qu'à cette date-là, l'intimé et le nommé Boissonneau auraient offert cette somme de $697, aux appelants, à condition qu'ils donnassent main-levée des dites hypothèques, ce qui fut refusé par les appelants.

Puis l'intimé a réitéré ses offres devant la Cour, concluant à ce que jugement intervint contre lui pour cette somme seulement, et que les appelants fussent condamnés aux dépens.

Sicotte, J., résumant la question, fit valoir, en substance comme suit, les considérations et les principes qui lui paraissaient applicables dans l'espèce et découlent de la législation sur le régime hypothécaire :—

Les arrêts qui, par leurs conséquences, affectent la constitution économique, ont une importance plus qu'actuelle ;

car ils touchent à des intérêts, qui sont de toutes les classes et de tous les jours. L'universalité de ces intérêts, donne, aux décisions judiciaires, qui peuvent les contrôler par leur caractère de pénalité, une portée considérable.

Le présent jugement affecte grandement le mouvement de la propriété et les droits des acquéreurs.

La citation des motifs indiquera tout à la fois, les faits du litige, et l'interprétation qui doit être la seule véritable, donnée sur la matière.

Il est bon pour mieux faire comprendre toute la différence d'opinion qui pourrait résulter de l'étude de cette matière, d'indiquer de suite les motifs du présent jugement sur le fond du litige : " attendu en fait que la vente à Louis Molleur, l'auteur du défendeur, a été duement enregistrée longtemps avant l'enregistrement d'aucune demande ou bordereau pour des intérêts, de la part des demandeurs contre leur débiteur : considérant que par la loi, le créancier hypothécaire n'a de préférence que pour deux années d'intérêts et ceux de l'année courante; que le tiers détenteur ne peut être candamné à délaisser que s'il refuse de payer la créance en principal et les intérêts conservés par l'enregistrement, et que le créancier n'a d'hypothèque pour le surplus d'intérêts que peut devoir le débiteur personnel, que par l'enregistrement d'une demande spéciale pour intérêts."

La partie demanderesse en cette cause conclut à ce qu'il soit adjugé que le créancier par la seule inscription primitive de sa créance, a hypothèque à l'encontre de l'acquéreur qui prend inscription de son titre, avant l'enregistrement d'aucune inscription nouvelle, pour les intérêts après les deux années, pour tous les intérêts accrus depuis le titre, et sans que le créancier soit tenu à prendre inscription nouvelle pour tel surplus d'intérêts.

Les demandeurs affirment comme doctrine, que les clauses 37 et 38 n'affectent que le cas particulier, où, deux créanciers hypothécaires se présentent par concurrence à la distribution du produit d'un immeuble qui leur est hypothéqué. On

ne peut nier que si cette doctrine est exacte, il importe qu'elle soit bien comprise et généralement connue. Mais de l'autre côté, il importe également que cette doctrine soit examinée au point de vue de la législature et des principes.

Notre législation sur l'enregistrement et la publicité des hypothèques fut une sage innovation, et une grave dérogation au droit commun. Mais cette innovation et la publicité des hypothèques sont devenus notre droit commun.

Quel est ce droit ? On en trouve les principes et les applications largement et clairement énoncés dans le code, qui a parfaitement résumé toute la législation. " Les causes de préférence sont les privilèges et les hypothèques." Art. 1982. L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation, en vertu duquel le créancier peut les faire vendre, en quelques mains qu'ils soient, et être préférés sur le produit de la vente, suivant l'ordre tel que fixé dans le code. Art. 2015.

L'hypothèque assure outre le principal, les intérêts qu'il produit, sous les restrictions portées au titre de l'enregistrement des droits réels. Art. 2016.

L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi. Art. 2018.

Les créanciers exercent leur droit de suite par l'action hypothécaire. Art. 2056, 2057.

L'enregistrement des droits réels leur donne effet et établit leur rang. Art. 2082.

L'avis donné ou la connaissance acquise d'un droit *non-enregistré* appartenant à un tiers et soumis à la formalité de l'enregistrement, *ne peut préjudicier anx droits de celui qui a acquis depuis pour valeur*, *en vertu d'un titre dûment enregistré*, sauf les cas où l'acte procède d'un failli, 2085.

Les droits réels ont rang suivant la date de leur enregistrement, 2130.

Le code est encore moins emphatique dans son langage que l'ordonnance promulguant l'innovation de la publicité des hypothèques. L'ordonnance disait : tout acte, droit,

toute réclamation privilégiée et hypothécaire, s'il n'en a pas été fait d'enregistrement, sont sans valeur et de nul effet à l'encontre des tiers, des créanciers ou des acquéreurs subséquents, qui ont pris inscription et enregistrement.

Après avoir statué la nécessité absolue de l'enregistrement, pour conserver l'hypothèque, l'ordonnance a réglé la même matière relativement aux intérêts qui pouvaient se rattacher à l'hypothèque comme accessoires. La clause 37 du chap. 37 est dans les termes suivants, sous le titre général " claims for interest."

" No creditor shall be entitled, by reason of the registra-
" tion of a hypothec or privilege, to a preference before
" others, for more than two years arrears of interest and the
" interest for the current year, reckoning from the date of
" the document under which the same may arise, unless his
" claim for arrears of interest to a specific amount, beyond
" the arrears of two years, has been separately registered as
" being due under such hypothec or privilege."

Cette clause est aussi générale que possible ; elle s'applique à tout créancier réclamant des intérêts à l'encontre d'autres.

Pour ne laisser aucun doute sur l'universalité de la clause à toutes les circonstances, où des intérêts sont réclamés à l'encontre de tiers, la loi s'est expliqué dans la clause même. Le législateur continuant à régler l'enregistrement, quant aux rentes constituées, aux prix de vente, accorde dans ces cas hypothèque pour cinq ans, et statue ensuite en ces termes : " et dans tous ces cas l'enregistrement du titre du créancier, conservera son hypothèque ou privilége pour cinq années d'intérêts ou d'arrérages, mais pas au-delà."

Il est bien dit, bien ordonné que l'hypothèque est perdu, quant aux intérêts au-delà de deux ou cinq années, s'il n'a pas été fait d'enregistrement.

La clause 38, par surabondance d'explication et d'interprétation donnée par le législateur même, s'exprime d'une manière générale, pour bien faire comprendre que l'hypothèque des intérêts au-delà des périodes indiquées n'existe

pas, si on ne prend pas nouvelle inscription, et que les intérêts sont considérés et traités à l'égard des tiers, comme une nouvelle créance, subordonnés pour les mêmes raisons, à la publicité par l'enregistrement. "The hypothec preserved by the registration of any claim to interest or arrears not preserved by the original registration, shall date only from the registration of such claim."

Le législateur a abondé d'interprétation sur la matière. On en trouve une autre dans le statut de 1843.

La 10e clause du chap. 22, 7 V. statut : " La 16e clause de l'ordonnance (4 V. chap. 30,) sera censée réserver au créancier, le droit de réclamer non-seulement les intérêts et arrérages de deux années, mais encore les intérêts de l'année courante, à compter de la date du titre en vertu duquel ils sont dus, et que l'hypothèque *créée* par l'enregistrement de toute créance pour intérêts, qui n'auront pas été conservés par l'enregistrement primitif, ne datera que du jour de *l'enregistrement de telle créance.*"

Le droit du créancier, comme droit hypothécaire, est limité à réclamer deux ou cinq années d'intérêt, suivant la nature de la créance. L'hypothèque pour le surplus des intérêts est créée par le nouvel enregistrement qui est prescrit ; et comme tout autre droit réel, n'existe à l'encontre des créanciers ou des acquéreurs subséquents, que de la date de l'enregistrement.

Le tiers détenteur a les mêmes droits que tout autre créancier pour opposer le défaut d'enregistrement, c'est surtout quant à lui que le défaut d'inscription, quand elle est requise par la loi, est fatal et absolu. Car on ne peut oublier que c'est principalement dans l'intérêt du mouvement de la propriété, que représente l'acheteur, que la publicité de l'hypothèque a été ordonnée.

D'après le droit commun, le privilége et l'hypothèque n'existent à l'encontre des créanciers ou des acquéreurs subséquents, que par l'inscription. Cette règle s'applique aux

intérêts après les deux ou les cinq premières années, comme au capital.

Il est impossible, sans faire erreur, de donner une autre interprétation, et dans tous le cas le législateur ayant ainsi interprété sa loi, les tribunaux ne peuvent mettre leur interprétation à la place de celle du législateu

Les codificateurs on également déclaré qu telle était l loi avant la codification ; e le code en fait des texte qui sont aussi clairs que précis, dans l même sens.

Art. 2122. L'enregistrement d'un acte de vente conserve au vendeur, au même rang que le principal, les intérêts pour cinq années et ce qui est dû sur l'année courante.

Art. 2124. L'enregistrement de tout autre titre de créance ne conserve le même droit de préférence que pour deux années d'intérêts et ceux échus sur l'année courante.

Art. 2125. Le créancier *n'a d'hypothèque* pour le surplus des arrérages d'intérêts, qu'à compter de l'enregistrement d'une demande ou bordereau spécifiant le montant des arrérages échus et réclamés.

Voilà qui est bien clair. Le créancier n'a pas d'hypothèque pour les intérêts accrus après les deux ou cinq premières années, s'il ne prend pas inscription pou le surplus de ces intérêts.

Le droit de suite ne découle pas de l'hypothèque, mais de l'enregistrement. C'est la conséquence du système de la publicité, et elle est écrite dans l'article 2056. " Les créanciers ayant privilége ou hypothèque *enregistrée* sur un immeuble, le suivent en quelques ains qu'il passe ? ' Ce droit de suite s'exerce par l'action hypothécaire. Le droit de suite est limité à l'hypothèque enregistrée, dans tous les cas où la loi requiert la formalité de l'inscription pour accorder et faire apparaître l'hypothèque. L'action hypothécaire est donc limitée à la seule partie de la créance devenue hypothèque par l'enregistrement. Pas d'hypothèque, pas d'action hypothécaire.

Or la loi déclare que les intérêts ne conservent leur carac-

tère hypothécaire, ne constituent hypothèque, au-delà d'un certain nombre d'années, que sous la condition d'enregistrement spécial ; il faut bien dire qu'il n'y a pas d'hypothèque sans cette formalité. C'est la loi commune tant pour le principal que pour les intérêts.

L'article 2061 définit l'action hypothécaire : " L'objet de l'action hypothécaire est de faire condamner le détenteur à délaisser l'immeuble, si mieux il n'aime payer la créance en principal, les intérêts *conservés par l'enregistrement* et les dépens."

Ainsi s'il paie le principal et les intérêts conservés par l'enregistrement, il obtient main-levée de l'action ; car le droit de suite cesse par le paiement qui éteint l'hypothèque même, qui seule lui donnait force et valeur.

L'article 2125, qui résume parfaitement la lettre et le sens de la loi, n'accorde d'hypothèque que pour ce que le détenteur avait offert et consigné. L'article 2061 porte que s'il paie le capital et les intérêts conservés par l'enregistrement, c'est tout ce que le créancier peut obtenir par son action hypothécaire.

Il est donc de toute évidence que le tiers détenteur ne doit que les intérêts inscrits et conservés par cette inscription. En payant ce qui est inscrit, il paie effectivement, comme s'il consignait dans le cas de confirmation de titre. Le créancier reçoit tout ce qu'il pouvait réclamer s'il venait à l'ordre, et sans contestation de la part d'autres créanciers.

Le système entier de notre régime hypothécaire serait attaqué, si la doctrine contraire était exacte. La publicité qui est la base du système serait illusoire si une inscription pouvait conserver une masse d'intérêts qui pourrait dépasser le capital, sans qu'il fut besoin de faire connaître ce fait aux acheteurs. La loi décrétant l'enregistrement d'une demande d'intérêts après une certaine période, serait lettre-morte et sans utilité, si la première inscription du titre conservait cette masse d'intérêts contre les acquéreurs. La publicité de l'hypothèque n'est pas pour le prêteur seulement. Le mot

créancier dans tout l'ordre hypothécaire, désigne toute personne ayant un droit, un intérêt contraire.

La transmission de la publicité est la base du crédit foncier, et si l'acquéreur ne peut acheter avec sûreté, à la face des hypothèques inscrites, l'hypothèque du prêteur deviendra bientôt illusoire, par le discrédit de la propriété même.

En offrant et payant la créance hypothécaire, le détenteur a droit de demander d'être subrogé aux droits du créancier contre tous ceux qui peuvent devoir la dette personnellement ou hypothécairement, et il doit être reçu dans ses offres, même si le paiement ne paie pas tout ce que le débiteur peut devoir ; mais pourvu qu'il éteigne la créance, telle qu'elle est d'après les inscriptions requises par la loi. Car la loi est précise, faute de l'enregistrement requis dans les cas indiqués et de la manière prescrite, l'hypothèque est sans valeur et de nul effet à l'encontre de créanciers et d'acquéreurs subséquents, qui ont pris inscription. En effet, dit Troplong, la loi ayant exigé que l'hypothèque soit inscrite, toute hypothèque non inscrite est réduite *ad non esse*, à l'encontre des tiers.

Pour démontrer ce qu'il y a d'illogique et de contradictoire dans la doctrine de la demande, il suffit d'en suivre l'exécution. Le tiers détenteur délaisse ; l'immeuble est vendu. D'après cette doctrine, le créancier poursuivant, venant à l'ordre, ne sera colloqué que pour deux années d'intérêts. Cependant l'arrêt qui serait rendu, déclarerait l'immeuble grevé non seulement pour ces deux années, mais pour toutes les années depuis la date du titre. Pourquoi le créancier ne sera-t-il pas colloqué pour le montant que cet arrêt aurait déclaré grever l'immeuble ; c'est parce que faute d'inscription pour le surplus des intérêts, il n'a pas d'hypothèque pour tel surplus ; et qu'à l'encontre des tiers sa dette pour ces intérêts non inscrits, n'est que dette chirographaire.

Si le créancier n'a pas inscrit, n'a pas enregistré, il n'a pas droit de suite contre l'immeuble sur lequel il a pris hypothèque, quand son débiteur a vendu cet immeuble et que

l'acquéreur a pris inscription et enregistrement de son titre d'acquisition.

La loi déclare la même déchéance dans le cas d'intérêts au-delà des deux ou des cinq années, et pour lesquels on n'a pas pris l'inscription requise.

La loi ne fait pas de différence, ni d'exception. Le droit de suite, il a déjà été remarqué, ne s'attache pas à l'hypothèque proprement dite, il découle essentiellement et uniquement de l'enregistrement. C'est le droit commun, dans tous les cas.

Le présent jugement est fondé non pas sur les clauses 37 et 38, mais il repose sur le régime hypothécaire, dont le principe est consacré dans son universalité et dans sa plus large expression dans la première clause de l'ordonnance, les motifs découlent de ce principe souverain, bien défini, parfaitement formulé, que toute préférence est refusée à l'encontre de tiers inscrits soit créanciers, soit acquéreurs, pour tout droit hypothécaire soumis à la nécessité et aux formalités de l'enregistrement, quand cet enregistrement n'a pas été fait, de cette règle, exprimée dans les textes et dans l'esprit de la loi ; que la transcription du contrat translatif de la propriété d'un immeube entraîne la déchéance de toute hypothèque subordonnée à la formalité d'une inscription qui n'a pas été prise, et par conséquent, la déchéance du droit de suite.

Jugement de la Cour Supérieure d'Iberville, rendu le 20 novembre 1868.

PRESENT :

L'HONORABLE JUGE SICOTTE.

La Cour après avoir entendu les parties, par leurs avocats, sur le mérite de la cause, examiné les papiers au dossier, la preuve faite par les pièces produites.

Attendu en fait, que la demande est une action hypothécaire, dirigé contre le défendeur pour le faire condamner à délaisser en justice l'immeuble décrit dans les écritures des

demandeurs, pour qu'il soit vendu, en justice, faute de paiement des créances hypothécaires réclamées.

Attendu en fait, qu'il est constant, que le défendeur est propriétaire et en possession de l'immeuble dont il s'agit et sur lequel repose l'hypothèque des demandeurs et qu'il l'était, lors de l'institution de l'action, pour l'avoir acquis comme il est expliqué dans les écritures des parties :

Attendu en fait, que le défendeur comme tiers détenteur de cet immeuble, a, le sept avril mil huit cent soixante-et-huit, pour se faire libérer de l'hypothèque auquel il était assujetti au profit des demandeurs, fait à ces derniers des offres réelles de la somme de $697\frac{00}{100}$, comme la somme alors due hypothécairement tant en principal qu'intérêts, et que le défendeur a renouvelé ses offres par ses plaidoieries, a fait consignation de cette somme au Greffe de cette Cour et demandé que les offres fussent déclarées valables et suffisantes :

Attendu en fait, que la vente à Louis Molleur l'auteur du défendeur du même immeuble par Eloge Tremblay qui avait accordé et consenti ces hypothèques, a été duement enregistré longtemps avant l'enregistrement d'aucune demande ou bordereau pour des intérêts de la part des demandeurs contre leur débiteur Tremblay :

Considérant, que par la loi, le créancier hypothécaire n'a de préférence que pour deux années d'intérêts et ceux échus sur l'année courante, que le tiers détenteur ne peut être condamné à délaisser que s'il refuse de payer la créance en principal et les intérêts conservés par l'enregistrement ; et que le créancier n'a d'hypothèque pour le surplus d'intérêts que peut devoir le débiteur personnel que par l'enregistrement d'une demande spéciale pour intérêts :

Considérant, que le défendeur avait intérêt et droit pour éviter procès et vider ses mains de demander la libération et décharge de l'hypothèque dont son héritage était grevé et de faire le paiement de la dette dont l'héritage était grevé au créancier de cette dette ;

Considérant, que la somme de six cent quatre-vingt-dix-sept piastres, offerte avant l'action et consignée sur le refus du créancier, était toute la somme pour laquelle le défendeur comme le tiers détenteur était légalement obligé hypothécairement, et la somme que les demandeurs pouvaient seulement réclamer de lui comme tiers détenteur, par leur action hypothécaire.

Considérant, que ces offres étaient valables et suffisantes, et que le défendeur en les renouvelant et en les consignant a mis les demandeurs en demeure de recevoir tout ce qu'ils pouvaient réclamer hypothécairement contre le défendeur comme tiers détenteur, déclare les offres valables et suffisantes, en donne acte au défendeur et de leur consignation comme équivalant quant au défendeur à paiement fait du jour des premières offres.

Ordonne au protonotaire de payer les deniers et somme consignés aux demandeurs en paiement et pour décharge de l'hypothèque, de ces derniers, sur l'immeuble en question, déboute les demandeurs de leur action, avec dépens distraits à M. Desplaines, avocat du défendeur.

Bethune, *C. R.*, pour l'appelant disait :—

" The legality of this decision turns on the true interpretation of the 37th and 38th sections of ch. 37 of the Cons. Stat. of L. C. Section 37 enacts : " No *creditor* shall be en-" titled, by reason of the registration of a hypothec or pri-" vilege, to a *preference* before *others*, for more than two " years' arrears of interest and the interest for the current " year,.........unless his claim for arrears of interest to a spe-" cific amount, beyond the arrears of two years, has been " separately registered, &c."

Then section 38 enacts :—" The hypothec preserved by " the registration of any claim to interest or arrears, *not* " preserved by the *original* registration, *shall date only from* " *the registration of such claim*, &c."

The doctrine enunciated in the judgment is, that the Plaintiffs can have *no hypothec at all* for any arrears of interest

beyond the two years and the current year, unless a separate claim therefor be registered.

Now, it is most respectfully submitted, that such a doctrine can in no way be deduced from the terms of the statute, which are *limited* to the regulation of the *rank* or *priority* of hypothec amongst *rival creditors*. When the 38th section provides that the hypothec shall *date* only from the time that the claim for arrears of interest is registered, it clearly admits, that the hypothec itself *exists irrespective of any registration*, and that the effect of registration is merely to give the hypothec a specific *rank or preference*.

The object of the legislation in question was manifestly not intended to affect the mere hypothec of the creditor, but simply to confine its preferential character, as regards arrears of interest to two years and the current year. And although the law as laid down in the Consolidated Statutes seems sufficiently plain in this respect, yet a reference to the language of the original registry ordinance itself, places the matter, if possible, in a still clearer light. The enactment is in the 16th section of the 4th Vic., ch. 30, and declares, that for the unregistered arrears of interest, the creditor shall not have any " preference or priority before the *other creditors*." Thus clearly establishing, that it is only as *between contending creditors*, any question can be raised at all with regard to arrears of interest unprotected by specific registration thereof."

Le jugement de la Cour d'Appel renversant le jugement de la Cour de première instance est motivé comme suit :

La Cour après avoir entendu les parties par leurs avocats, sur le mérite, examiné le dossier de la procédure en Cour de première instance, les griefs d'appel et les réponses à iceux et sur le tout mûrement délibéré :

Considérant, que de droit commun, l'intérêt suit le rang de l'hypothèque ou privilége attaché au capital qui le produit; qu'il n'en est autrement que lorsqu'il en est ainsi ordonné par quelque loi particulière, spécialement décrétée

à cet effet, et que cette loi, lorsqu'elle existe, doit être restreinte dans ses strictes limites et ne doit pas être étendue aux cas qu'elle n'a pas inclus ;

Considérant, que les clauses trente-sept et trente-huit du chapitre 37 des Statuts Refondus du Bas-Canada, sur lesquels est fondé le jugement dont est appel, contiennent des dispositions de l'espèce sus-mentionnée, ayant pour effet et ayant l'effet de changer la loi commune, pour un cas particulier, savoir, pour le cas où deux créanciers hypothécaires se présentent, par concurrence à la distribution du produit d'un immeuble qui leur est hypothéqué, décrètent que le créancier antérieur n'aura sur celui qui lui est postérieur, préférence à l'encontre de ce dernier, que pour deux années seulement d'intérêt et pour l'année courante, à moins d'un enregistrement spécial de la part de ce créancier antérieur ;

Considérant, que ces dispositions ne sauraient, d'après leur nature, être étendues à d'autres cas qu'à celui qui est mentionné, ni être appliquées au cas du détenteur d'un immeuble poursuivi hypothécairement par un créancier ;

Considérant, que pour ces raisons les demandeurs appelants, avaient droit de faire déclarer hypothéqué en leur faveur l'immeuble possédé par le défendeur intimé, pour le montant des obligations produites, et aussi pour tous les intérêts non prescrits, échus sur chacune d'elles, et non pour deux années seulement et la courante, tel que déclaré par le dit jugement, et que partant, les offres faites et consignées de la part du dit intimé, sont insuffisantes et doivent être déclarées telles.

Considérant que pour ces raisons, il y a erreur et mal jugé dans le jugement dont est appel, savoir, dans le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Iberville, le vingtième jour de novembre mil huit cent soixante-et-huit, casse et infirme le susdit jugement, et procédant à rendre celui qui aurait dû être rendu par la dite Cour, dit et déclare : que l'immeuble décrit en la déclaration et possédé par le défendeur intimé, est affecté et hypothéqué en faveur

des dits demandeurs appelants, pour le montant des trois obligations sur lesquelles est portée l'action, formant la somme de cinq cent cinquante-trois piastres ($553,) avec intérêt au taux de douze par cent sur la somme de cent cinquante piastres, montant de l'obligation du vingt-sept mai mil huit cent soixante-et-deux et à compter du premier avril mil huit cent soixante-et-trois, sur celle de deux cent trente-une piastres, montant de l'obligation du onze décembre mil huit cent soixante-et-trois, à compter du onze décembre mil huit cent soixante-et-quatre, et sur celle de cent soixante-et-douze piastres, montant de l'obligation du vingt-et-un mars mil huit cent soixante-et-quatre, à compter du vingt-et-un mars mil huit cent soixante-et-cinq, jusqu'à parfait paiement ; qu'en conséquence le dit défendeur intimé sera tenu, sous quinze jours de la signification des présentes de délaisser le dit immeuble pour icelui être vendu sur le curateur qui sera créé au dit délaissement, à défaut de ce faire, sous le dit délai, que le dit immeuble sera saisi et vendu sur le dit défendeur en la forme ordinaire à moins que, sous le même délai, le dit défendeur intimé, ne paie le montant de la présente condamnation en principal et intérêt tel que plus haut mentionné. Et la Cour fesant droit sur les dépens, condamne l'intimé à les payer aux appelants, tant en Cour de première instance que sur le présent appel.

(L'Honorable M. le Juge Badgley, concourant dans le jugement, mais pas pour les motifs y mentionnés.)

Jugement renversé.

2125. Le créancier n'a d'hypothèque pour le surplus des arrérages d'intérêts ou de rente qu'a compter de l'enregistrement d'une demande ou bordereau spécifiant le

2125. The creditor has a hypothec for the remainder of the arrears of interest or of rent from the date only of the registration of a claim or memorial specifying the

montant des arrérages échus et réclamés.

Néanmoins les intérêts échus lors de l'enregistrement primitif et dont le montant y est spécifié sont conservés par cet enregistrement.

amount of arrears due and claimed.

Nevertheless the arrears of interest due at the time of the first registration and therein specified are preserved by such registration.

Voy. *C. N.* 2151, sur art. 2124 et *Sts. Ref.*, ch. 37, s. 37 et s., cités sur art. 2122.

2126. [La renonciation au douaire, à une succession, à un legs ou à une communauté de biens, ne peut être opposée aux tiers, si elle n'a pas été enregistrée au bureau de la circonscription dans laquelle le droit s'est ouvert.]

2126. [Renunciations of dower, of successions, of legacies, or of community of property cannot be invoked against third parties unless they have been registered in the registry office of the division in which the right accrued.]

2127. [Toute cession ou transport, volontaire ou judiciaire, de créances privilégiées ou hypothécaires doit être enregistrée au bureau d'enregistrement où le titre créant la dette a été enregistré.

Un double du certificat

2127. [Every conveyance or transfer, whether voluntary or judicial, of a priviledged or hypothecary claim must be registered in the registry office in which the title creating the debt has been registered.

A duplicate of the cer-

de l'enregistrement doit être fourni au débiteur avec la copie du transport.

A défaut de l'accomplissement de ces formalités, la cession ou transport est sans effet à l'encontre d'un cessionnaire subséquent qui s'est conformé aux prescriptions ci-dessus.

Toute subrogation aux mêmes droits consentie par acte authentique ou sous seing-privé doit être également enregistrée et signifiée.

Si la subrogation est acquise de plein droit, l'enregistrement s'en fait par la transcription de l'acte dont elle résulte avec déclaration à cet effet.

Mention du transport ou de la subrogation doit être faite à la marge de l'entrée du titre constituant la dette, renvoyant au numéro de l'entrée du transport ou subrogation]

tificate of its registration must be furnished to the debtor together with the copy of the transfer.

If these formalities be not observed the conveyance or transfer is without effect against subsequent transferees who have conformed to the above requirements.

All subrogations in such rights granted by authentic deeds or by private writings must likewise be registered and notice thereof be given.

If the subrogation take place by the sole operation of law, it may be registered by transcribing the document from which it results, with a declaration to that effect.

The transfer or subrogation must be mentioned in the margin of the registry of the title creating the debt, with a reference to the number of the entry of such transfer or subrogation.]

Voy. 12 *Revue Légale*, p 440, citée sur art. 2106.

2128. [Le bail d'immeubles pour un terme excédant un an ne peut être invoqué à l'encontre d'un tiers-acquéreur s'il n'a été enregistré.]

2128. [The lease of an immoveable for a period exceeding one year cannot be invoked against a subsequent purchaser unless it has been registered.]

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1663.

---

4 *Legal News, p.* 39, *C. S. M.* 1880. *Papineau, J.* *Desjardins et Gravel et Langevin, opposant.* } The lessee of an immoveable property about to be sold by sheriff's sale, has no right to make an opposition *à fin de charge* to the sale, based on a notarial lease of the property to himself, prior to the seizure.

The plaintiff, a hypothecary creditor, having obtained judgment against the defendant, caused an execution to issue against the immoveables hypothecated in his favor.

The opposant, lessee of the premises under a notarial lease for a year, duly registered, filed an opposition *à fin de charge*, based on his lease prior to the seizure.

The plaintiff contested the opposition by a *défense en droit.*

Papineau, J., maintained the contestation and dismissed the action, the judgment being as follows :

" La cour, etc.

" Considérant que la demanderesse, créancière des défendeurs, n'est pas tenue en loi d'entretenir le bail fait par ses débiteurs et auquel elle n'a pas été partie ;

" Considérant que ce bail ne peut pas empêcher la demanderesse de faire saisir et vendre l'immeuble pendant ce bail dont la durée n'excède pas un an ;

" Considérant que si la vente par décret ne dépouille pas le débiteur saisi de sa jouissance de l'immeuble saisi jusqu'à l'adjudication, elle l'en dépouille certainement du moment

de l'adjudication, et met fin au bail, en mettant fin à la jouissance du bailleur, qui, de son côté, ne peut plus faire jouir son preneur ;

" Considérant que si d'un côté le bail en cette cause est de fait antérieure à la saisie réelle des immeubles des défendeurs, de l'autre côté ce bail n'a conféré aucun droit de propriété à l'opposant dans, ni aucune charge sur les immeubles loués, et qu'il ne possédait même ceux-ci que pour les défendeurs et au nom de ces derniers, et dans le seul but et pour la seule fin d'en avoir la jouissance accordée par le bail en question ;

" Considérant que l'opposant, ne dérivant sa jouissance que des défendeurs, ne peut l'exercer plus longtemps que la loi ne permet à ceux-ci de la conserver eux-mêmes, c'est-à-dire après l'adjudication ou décret ;

" Considérant que l'opposant, en demandant de conserver sa jouissance au-delà du temps de la vente par décret jusqu'à la fin de la durée naturelle de son bail, a demandé ce qu'il n'a pas droit d'obtenir ;

" Considérant d'ailleurs que si toutefois il était possible à l'opposant de faire cette demande, il ne pourrait être reçu à la faire qu'en offrant pour le profit du créancier saisissant une partie du loyer proportionnée au temps que le bail aurait à courir après l'adjudication, et qu'il ne l'a pas offerte ;

" Considérant que le droit de l'opposant se résout, par la vente ou décret des immeubles à lui loués, en une créance privilégiée sur le produit de ces immeubles pour la plus valeur donnée par ses travaux aux dits immeubles, conformément à l'Art. 2010 du C. C., et que sa dite opposition à fin de charge est mal fondée, et que la contestation ou défense en droit faite par la demanderesse à l'encontre de la dite opposition est bien fondée ;

" La Cour maintient la dite défense en droit, etc."

Opposition dismissed.

---

6 Legal News, p. 12, *C. S. M.*, 1881. *Rainville, J.* *Dupuy ès qual. et Bourdeau et Bourdeau, oppt. et Pinsonnault, contest.* } *Bail — Opposition à fin de charge.*

Per Curiam. Le demandeur ayant fait saisir un immeuble sur le défendeur, l'opposant a produit une opposition *à fin de charge*, demandant que la vente n'ait lieu qu'à la charge de son bail. Il allègue un bail authentique pour l'espace de huit ans, et l'enregistrement de ce bail en date du 29 novembre 1878. Cette opposition est contestée par Pinsonnault, qui allègue :

Que par un acte de vente dûment fait et passé le 23 mai 1868, devant Mtre Labelle, notaire public et témoin, au dit lieu de St. Michel Archange, le dit opposant et contestant, vendit au défendeur, Michel Bourdeau, fils, la terre désignée au dit acte produit comme partie des présentes et qui est la même que celle saisie en la présente cause, à la poursuite du demandeur Dupuy, ès-qualité, et à laquelle s'applique la dite opposition *à fin de charge ;*

Que cette vente fut ainsi faite pour entr'autres considérations, le prix de 18,000 livres, ancien cours, que le défendeur promit et s'obligea de payer au dit contestant, aux termes, avec les intérêts et de la manière mentionnés au dit acte ;

Que le dit acte de vente a été dûment enregistré en entier au Bureau d'Enregistrement du comté de Napierville, dans les limites duquel la dite terre était et se trouve située, le dixième jour de décembre 1869 ;

Que le dit jugement du 22 novembre 1879, *en exécution* duquel est émané le dit bref d'exécution ainsi *noté* comme *opposition à fin de conserver* est pour des arrérages dûs sur le prix de vente, savoir : pour la somme de $500, montant collectif des onzième, douzième et treizième instalments échus respectivement en mars 1877, 1878 et 1879, avec intérêts au taux de huit pour cent par an, à compter du 1er avril 1879, et les frais y relatifs, tel que mentionné au dit Bref et au dit Jugement produits en cette cause ;

Que la dite terre se trouvait affectée et hypothéquée par

privilége de *bailleur de fonds* pour la sûreté et le paiement du dit prix de vente, en capital, intérêts et frais accrus et à accroître, sur le dit jugement et de préférence à tous autres créanciers, et nommément de préférence au dit opposant Alexis Chéri Bourdeau, et à l'encontre de ce dernier et de tous les prétendus droits réclamés par sa dite *opposition à fin de charge*, en vertu du prétendu bail, servant de base à cette dernière opposition ;

Que d'ailleurs tous les allégués de la dite opposition *à fin de charge* et chacun d'iceux sont faux, insuffisants et mal fondés en *droit et en fait ;*

Que le prétendu bail ne pourrait être, dans tous les cas, qu'un acte simulé concerté entre le dit opposant, Alexis Chéri Bourdeau, et le défendeur, son frère, (dont l'insolvabilité était alors notoire et l'est encore) au préjudice et en fraude des créanciers nombreux de celui-ci, et dans le but de faire des embarras au dit contestant et de lui faire tort."

Toute la question est de savoir si un bail constitue une charge sur la propriété louée.

Sous l'ancien droit le bail n'engendrait que des obligations entre le bailleur et le preneur, et le successeur à titre particulier du bailleur, l'acheteur par exemple, avait le droit d'expulser le preneur ou locataire. Ce droit a été changé sous le C. N. et par l'art. 1743, l'acquéreur ne peut plus expulser le fermier ou locataire lorsque le bail a une date certaine. Troplong a vu là la création d'un droit réel ; mais son opinion est combattue par la généralité pour ne pas dire l'universalité des auteurs, qui ne voient dans cette disposition de l'art. 1743 que l'application d'une convention tacite entre le vendeur et l'acquéreur d'un bien affermé d'entretenir le bail existant.

Notre Code, art. 1663, reproduit exactement les dispositions du code français.

On créait donc un droit occulte secret, et l'acquéreur d'immeuble pouvait se trouver en face d'un locataire qui aurait droit d'occuper cet immeuble pendant plusieurs an-

nées. Ç'aurait été un grave inconvénient et dans bien des cas une grande injustice.

On en a tellement senti les inconvénients en France, que la loi du 23 mars 1855, a ordonné la transcription des baux de plus de 18 ans ; car comme dit si bien Flandin, que le droit du preneur soit ou ne soit pas un droit réel, il n'en est pas moins certain que le bail à longues années, s'il n'est pas, comme l'usufruit, un démembrement de la propriété, altère sensiblement la valeur vénale de l'immeuble, qu'il constitue ainsi, une charge que les tiers sont intéressés à connaître.

1 Flandin, Transcrip., No. 496.

C'est ce qu'ont fait nos codificateurs en exigeant l'enregistrement des baux excédant un an. Le bail d'immeubles pour un terme excédant un an, dit l'art. 2128, " ne peut être invoqué à l'encontre d'un tiers acquéreur s'il n'a été enregistré."

Les commissaires ayant suggéré cette disposition nouvelle disaient dans leur rapport : " Ayant suggéré d'amender la " loi en force, telle qu'exposée en l'art. 56 du titre : *Du louage* " (qui est maintenant l'art. 1663 de notre Code) et de déclarer " qu'à l'avenir la vente par le locateur de l'immeuble ne " mettra plus fin au bail, l'adoption de cette disposition ferait " du bail *une charge* sur l'immeuble, qu'on doit soumettre " comme toute autre charge, à la publicité."

L'opposition est donc maintenue, et voici le jugement de la Cour :

" Attendu que l'opposant à fin de charge, Alexis Chéri Bourdeau, s'oppose à la vente de l'immeuble saisi en cette cause, à moins qu'il ne soit vendu à la charge de son bail, savoir, un bail passé à Napierville devant Mtre A. Barrette, notaire, le 29 novembre 1878, par lequel le défendeur loua à l'opposant pour huit années à compter de la date du dit acte, l'immeuble saisi en cette cause, lequel bail a été enregistré le 30 novembre 1878, au bureau d'enregistrement du comté de Napierville.

Attendu que le nommé Octave Pinsonnault, s'instituant opposant à fin de conserver, conteste la dite opposition à fin

de charge en autant que le dit bail ne forme pas une charge sur le dit immeuble, et allègue qu'il est créancier du défendeur en vertu de l'acte de vente d'immeuble par le dit Pinsonnault au défendeur, passé le 23 de mai 1868, à St. Michel Archange, devant Mtre Labelle, notaire et témoin, et en vertu du jugement obtenu par lui contre le dit défendeur, le 22 de novembre 1879, dans une cause mue devant la Cour Supérieure du district d'Iberville, sous le numéro 1881, pour la somme de $500.00, étant les trois versements en capital de mille francs, ancien cours chaque, échus respectivement en mars 1877, 1878 et 1879, en vertu du dit acte de vente ;"

Attendu que le dit opposant à fin de charge répond au dit contestant qu'il est sans droit de contester la dite opposition, en autant qu'il n'est pas partie en cause ;

Considérant que d'après l'article 1663, l'acquéreur d'un immeuble loué ne peut expulser le locataire à moins de stipulation spéciale à cet effet dans le bail ;

Considérant que d'après l'article 2128, le bail excédant un an peut être opposé aux tiers s'il a été enregistré ;

Considérant que l'effet de ces dispositions est de faire du bail *une charge* sur l'immeuble loué, ainsi que s'exprimaient les codificateurs dans leur rapport sur ces articles, et qu'en conséquence la contestation du contestant et les conclusions prises par lui sont mal fondées ;

Mais attendu que sur permission de la Cour le dit contestant a amendé les conclusions par lui prises originairement et a pris des conclusions subsidiaires demandant que dans le cas où la dite opposition à fin de charge serait admise, la vente n'ait pas lieu soumise à telle charge, à moins que bonne et suffisante caution ne lui soit fournie que l'immeuble sera vendu à un prix suffisant pour lui assurer le montant de ce qui lui est dû, et attendu que la Cour a réservé d'adjuger sur les frais du dit amendement en même temps qu'au mérite ;

Considérant que le dit contestant allègue et fait voir par sa dite contestation qu'il est créancier pour la somme de

$1,500.00, savoir : $500.00 en vertu du dit jugement, et $1,000.00 pour les versements de 1880, 1881, 1882, 1883 et 1884 en vertu du dit acte de vente outre les intérêts au taux de huit par cent sur le montant de chacun des dits termes de paiement, à compter de leur échéance respective par privilége de vendeur avec hypothèque antérieure à la créance du dit opposant à fin de charge, plus $102.15 pour frais sur le dit jugement ;

Considérant que l'imposition de la dite charge aurait l'effet de léser les intérêts du dit contestant, déboute le contestant de ses conclusions principales, mais maintient ses conclusions subsidiaires ou additionnelles, ne maintient l'opposition à fin de charge et n'ordonne la vente de l'immeuble saisi soumise à telle charge qu'à la condition que le dit opposant à fin de charge fournira au dit contestant bonne et suffisante caution sous un délai de quinze jours, que l'immeuble sera vendu à un prix suffisant pour lui assurer le paiement de ce qui lui est dû savoir : la somme de $1,500.00 en capital et $102.15 de frais, moins les intérêts sur les paiements à échoir, et à défaut par le dit opposant à fin de charge de fournir le dit cautionnement sous le dit délai de quinze jours et ce délai passé, sa dite opposition sera renvoyée purement et simplement ; et adjugeant sur les frais, vu l'amendement permis et la réserve faite quant aux frais, la Cour condamne le dit opposant à fin de conserver et contestant, à payer les frais de contestation depuis la production de sa contestation inclusivement dans tous les cas, distraits à M J. E. Robidoux, avocat de l'opposant à fin de charge, les frais de la dite opposition à fin de charge devant être pris sur le produit de la vente après paiement du dit contestant dans le cas où le dit opposant à fin de charge fournirait le dit cautionnement, et le dit opposant à fin de charge devant supporter les frais de production d'opposition dans le cas où il ne fournirait pas le dit cautionnement.

---

25 Low. C. Jurist., p. 107, *C. S., M.,* 1881, *Papineau, J., McLaren et Kirkwood et Brooke, adjudic. rep. poss. contre Blackman, locat.* } HELD :—1. That the provisions of Art. 1663 of our Civil Code do not apply to sales of immoveables by the Sheriff, and, consequently, that a lessee of immoveable property sold at sheriff's sale is liable to expulsion by the *adjudicataire* before the expiration of his lease.

2. That such expulsion may be effected by summary petition for a writ of possession.

This was a petition for a writ of possession by a purchaser of an immoveable at sheriff's sale, to eject an alleged tenant of the defendant.

Kerr, Q. C. (showing cause for the tenant) :—

A house in possession of a tenant under a lease from the defendant expiring on the 1st May, 1881, was sold by sheriff's sale under *fi. fa.* on the 2nd November, 1880.

Can the *adjudicataire* dispossess the tenant previous to the 1st May, 1881 ?

Under the old law he could, but the question must be considered as one coming under the operation of Art. 1663 of the Code Civil.

That Article provides : " The tenant cannot, by reason of the alienation of the thing leased, be expelled before the expiration of the lease, by a person who becomes the owner of the thing leased under a title derived from the lessor ; unless the lease contains a special stipulation to that effect, and be registered. In such case notice, etc., unless it is otherwise specially agreed."

Art. 2128 must be read with Art. 1663, and is in the following words : " The lease of an immoveable for a period exceeding one year cannot be invoked against a subsequent purchaser unless it has been registered."

This change in the law of the Province is based upon and borrowed from Art. 1743 of the Code Napoléon, which is in the following words : " Si le bailleur vend la chose louée l'acquéreur ne peut pas expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique, ou dont la date est certaine, à

moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail."

If anything, Art. 1663 C. C. L. C. is stronger in favor of the tenant than Art. 1743 of the Code Napoléon. The latter article seems only to provide for the case where the lessor sells the premises, the words " Si le bailleur vend la chose louée" dominate over the whole Article, and apparently constitute the only case wherein the person acquiring is deprived of the right of expelling the tenant. Yet in France the prohibition to expel is extended to all cases of mutation of property by exchange and even by a judicial sale.

6 Marcadé, Art. 1743, No. p. 488.

1 Pont, Priv. & Hyp. N. 385, 368.

Gilbert, Code de Proc., Art. 1743, Nos. 4 and 5; Art. 1709, Nos. 33, 33 bis.

Gilbert, Code de Proc, Art. 684, No. 7.

Rolland de Vil. Dict. de Dr. Vbo. Exp. Forcée, Nos. 87, 88, 103.

In France then it is clear that an " *Expropriation forcée* " does not give to the *adjudicataire* the right to expel the tenant holding under the leases mentioned in Art. 1743.

The question then presents itself, how can the *adjudicataire* be liked to the " bailleur ? "

The only solution praticable is that the *adjudicataire* in such case is the representative of the *bailleur*, holding under a title derived from him.

It is hardly necessary to urge that a sale made by the heir of the *bailleur* would entitle the purchaser to evict the tenant; the heir or universal legatee in such case could possess no greater rights than his *auteur*, and would be bound by the *bailleur's* obligation to maintain the tenant in possession. The law *Emptorem* did not apply to such case, *secus* the particular legatee, *donataire ;* Troplong, Louage, N. 474.

If the *adjudicataire* be not a representative of the *bailleur*, if he do not hold the property under a title derived from

the *bailleur*, then he is not bound by provisions of Art. 1743 of the Code Napoléon. If, on the contrary, he be such representative, and does hold the property under title so derived, he is bound by the last mentioned Article.

For the purposes of this discussion I shall take it for granted that the *Expropriation forcée* in France is similar in its main effects to our sheriff's sale, and I shall discuss the nature and effects.

1st. Of a seizure by a sheriff under a writ *de terris* of the immoveable of a defendant in his, the defendant's, possession.

2nd. Of a sale by a sheriff of the immoveable seized, and the granting of a sheriff's title to the *adjudicataire*.

By the seizure all and every the rights of the defendant upon the immoveable are seized. If he be sole proprietor and in possession, and there be no charges (real) on property, the right of property is attached, and is held as it may be called in trust by the sheriff to await the course of events, the immoveable remaining in the possession of the judgment debtor, who, if the seizure be not declared null, loses his power of alienation.

C. C. P. Art. 645.

2nd. On the day of sale the sheriff offers for sale the property seized, that is to say, amongst other thing all the rights of the judgment debtor upon the immoveable.

In order to make such offer it is essential that the sheriff should hold those rights in such a manner as to be able to convey them to the *adjudicataire;* that he does so hold them is shown by the fact that in his deed he is required expressly to convey to the *adjudicataire* " all the rights of the judgment debtor upon the immoveable."

C. C. P. Art. 689, sec. 8.

But it is impossible to convey what one does not possess, so that the sheriff must hold at the time of his making the conveyance the said rights.

What then is the sheriff's title in such case ? Is it not a contract effected by operation of law between the judgment

debtor and the *adjudicataire*, the sheriff acting for such debtor as his attorney, and conveying to the *adjudicataire* such debtor's rights upon the immoveable ? It is a forced transfer of the defendant's rights (*jura in rem*) upon the immoveable from him to the *adjudicataire.*

From whom does the *adjudicataire* in such a case derive his title ? It may be answered, from the sheriff; but the sheriff does not pretend to convey his own personal right of property in the immoveable, he merely conveys the defendant's rights. If the defendant had no rights of property and no possession, the sheriff's sale and title would not convey the right of property in the immoveable to the *adjudicataire*, or give him any right as against the rightful owner save as a title whereon to prescribe.

C. C. P. Art. 632.

This right of property, moreover, so transferred is limited as it was limited in the possession of the judgment debtor. True, if real rights exist on which oppositions *à fin de charge* could have been fyled, the omission to fyle such oppositions and the subsequent sheriff's sale purge the land of such charges, but this is a punishment inflicted upon the holder of such charges for his negligence ; he loses his real right, but comes upon the proceeds of sale for compensation.

C. C. P. Art. 652.

The right to oppose *à fin de charge* must be a real right, a mere *jus ad rem* gives no such right to oppose ; but this right of the lessee under a lease for not more than one year is not a real right, but is merely a moveable one.

1 Pont, Nos. 385 & n. (1), 387.

But such *droit mobilier* could not form the object of an opposition *à fin de charge*, and as no mention is made in Art. 709, 710 C. C. P. of this right being discharged, and as Art. 711 merely declares all other real rights to be discharged by a sheriff's sale, this, not being a real right, remains.

How, then, do the French writers account for the fact that the *acquéreur* is obliged to maintain the lease made by his

auteurs ? They all say that the effect of Art. 1743 is that the clause imposing on the *acquéreur* the obligation of maintaining the lease of the immoveable is understood (*sous entendue*) in every act of alienation of the immoveable.

1 Pont, Priv. & Hyp., No. 385.

But they make no distinction between the *adjudicataire* at an *expropriation forcée* and an ordinary purchaser—the rights and obligations of both are the same.

There can he no doubt that our articles 1663 and 2128 are both borrowed from the Code Napoleon and the law of 23rd March, 1855, with this advantage, that our law more clearly covers the case under consideration than the French law. The introduction of the words, " under a title derived from the lessor " and " cannot by reason of the alienation of the thing," set at rest any difficulty which may have been experienced in France as to the obligation of the *adjudicataire* to maintain the lease.

Art. 2128 shews clearly that where the lease is but for one year, it can be invoked against a subsequent purchaser, just as a lease of more than one year, when registered, can be invoked against such purchaser.

No difficulty can be experienced in coming to the conclusion that such lease for a term of six years for instance, could be opposed, if enregistered, against an ordinary purchaser.

Why should there be any difference between the *adjudicataire* and such ordinary purchaser ?

The obvious intention of the Legislature was to abolish the gross injustice practicable under the law *Emptorem*, to give to the tenant peace and security in his tenancy, to prevent him, for instance, when he had taken a farm and expended capital which he expected to regain with interest by its produce to be disturbed in his possession.

1 Pont, 385 ; Troplong, Louage, No. 484, 490, 491.

The rights of his creditors to deal with his property are measured by his rights ; the right to enjoy the property leased he has given to another for a fixed rent. His judg-

ment creditor cannot by merely seizing such property revest in the judgment debtor the right which he has parted with to another, and deprive that other of that right. So long as the law *Emptorem* and the jurisprudence under it were in force the Sheriff's sale had the force of a sale by the judgment debtor of the property so leased, but, when the law *Emptorem* was destroyed by Art. 1662, the basis upon which rested the effect of the Sheriff's sale in breaking the lease disappeared, and the effect ceased to exist.

[Reporter's Note.—After the argument the counsel of the tenant was allowed to submit the following authority. Merlin, Questions de Droit, v° *Resolution de Bail*, sec. 1.]

Bethune, *Q. C.*, for petitioner ;

The true character of a *décret* of an immoveable property is thus described by Pothier (Proc. Civ. p. 226) : " L'adjudication contient une véritable vente que la justice, pour le saisi et malgré lui, fait à l'adjudicataire de l'héritage suivi." And its effect is described by the same author (Proc. Civ. p. 227) as follows :— " L'héritage adjugé par décret est transféré à l'adjudicataire avec les seules charges exprimées par l'affiche ; le décret purge toutes les autres, et éteint tous les droits de propriété et autres droits que les tiers auraient pu avoir dans cet héritage."

De Héricourt, in discussing whether the church and minors should be subjected to the legal effects of a *décret* says : (Traité des Immeubles p. 148, Lib. Ed.) " Il est de l'intérêt public que les adjudicataires qui acquièrent de la justice ne soient troublés dans leur acquisition."

These authorities go to establish that any right which the defendant has in the property at the time of the adjudication is forcibly transferred by justice to the purchaser at the sheriff's sale. And, as the possession of a yearly tenant is admittedly the possession merely of the lessor, the owner of the property, it follows that, in the absence of any special reserve of the tenant's rights of occupation in the conditions of sale, the *adjudicataire* become absolutely vested with the

right of possession incident to the right of ownership thus forcibly transferred to him by justice.

There never was any doubt in France, under the law of that country made applicable to Canada, that the effect of a *décret* was to resiliate the lease, *quoad* the *adjudicataire*, unless the conditions of sale specially bound him to allow the tenant to occupy until the expiration of his lease. (An. Pigeau, 1 vol. p. 774.)

The learned counsel on the other side also admits that such was really the effect of the *décret* prior to the coming into force of our Civil Code; his whole argument being made to turn on the wording of the English version of Art. 1663 of the Code, which declares that a tenant cannot be expelled by a person who becomes owner of the property leased " under a title *derived* from the lessor." His contention being that a title by sheriff's sale, which conveys all the rights of property or possession of the *saisi*, is, in effect, *derived* from the *saisi*, although made forcibly and against his will.

It is submitted that, even adopting the English version of this Article as the true one, the title, in the case of a *décret*, is not *derived* from the *saisi*, but from *justice*. The property is that of the *saisi*, but the title thereto is in no sense derived from him. As Pothier says, (*loc. cit.*) " L'adjudication contient une véritable vente que *la justice* pour le saisi, *et malgré lui, fait* à l'adjudicataire."

But, on turning to the French version of this article, all doubt on the subject is removed; the title of the new proprietor being referred to as one " *consenti par le locateur*."

It is quite evident that, in framing this article, the codifiers and Legislature had only in contemplation the case of alienation by private sale, by the lessor himself, and not a forced sale by authority of justice.

It is readily admitted that the authorities in France, since the coming into force of Art. 1743 of the Code Napoléon, bear out the pretensions of the learned counsel on the other

side, that a lease like the one in question in this case is not resiliated in France by the mere forcible adjudication of the property *en justice*. But it must be observed that, under the Code of Civil Procedure in France, Art. 684 (old) 691 (new), the *adjudicataire* is bound to execute the lease made by the *saisi* if it be a valid one and do not exceed nine years. Nouveau Pigeau, 2d vol. pp. 224, 225 (Ed. of 1808) and 256, 258 (Ed. of 1836). And, under Art. 684-5-4, mention is required to be made in the tableau to be posted by the *greffier du tribunal*, of the names of the farmers, tenants, etc. Whereas, by our Code of C. P. (Arts. 706 to 711) every description of right (except that of dower and substitution not open) is purged by the *décret*. It is also to be noted that in the Nouveau Pigeau and all other practice books under the present codes in France, the word " *décret* " is not even mentioned; the word " *adjudication* " being substituted therefor, and that in the French Code of C. P. no such title as that of " *des effets du décret* " which appears in our Code, is to be found.

Although the point now raised has not directly been adjudicated upon, since the coming into force of our Code, it has been so indirectly in the recent case in this Court, reported on pp. 39 and 40 of the 4th vol. of the Legal News, and in the case in appeal reported on p. 25 of the 24th vol. of the L. C. J., where the learned Judge who delivered the judgment of the last mentioned Court remarked: " L'adjudication livre la propriété sans les charges, mais ne détruit pas les prestations dues à l'ancien propriétaire, à raison de ses droits sur la propriété. Ses droits pour ces prestations passent à l'adjudicataire, qui les maintiendra s'il le veut."

Papineau, J.—Le requérant s'est porté adjudicataire, à une vente par décret d'un immeuble situé dans le quartier St. Antoine, de cette ville.

N'ayant pu se faire livrer l'immeuble par le défendeur, le requérant en a fait la demande au shérif. Celui-ci a fait rapport du refus du défendeur et du refus du locataire du

défendeur, un nommé William Blackman, de livrer l'immeuble vendu.

Sur ce rapport et s'autorisant de l'article 712 C. P. C., le requérant s'adresse au tribunal et demande un ordre enjoignant au shérif d'expulser le défendeur et son locataire et de mettre le requérant en possession. Avis de cette requête ayant été donné au défendeur et au dit William Blackman, le premier fait défaut, le second comparaît et la conteste, alléguant :

1o. Qu'il a loué du défendeur, le 19 avril 1879, par acte authentique dont copie est produite, la propriété en question, pour le terme d'un an à compter du 30 du même mois d'avril ; qu'il a pris et gardé possession, depuis le commencement de son bail, et que celui-ci s'est continué, par tacite reconduction, pour une autre année qui ne doit finir que le 30 d'avril prochain.

2o. Que la vente judiciaire n'a pas mis fin à son dit bail par tacite reconduction, et qu'il a droit de rester en possession jusqu'au 1er de mai prochain.

3o. Que l'adjudicataire et requérant ne peut pas le déposséder avant le premier de mai ; qu'il est même tenu d'entretenir le bail jusqu'à son expiration.

Les parties ont considéré tous les faits comme prouvés afin d'avoir une décision sur la question de droit pur et simple.

Blackman fonde sa prétention sur ces mots de l'article 1663 du Code Civil : " Le locataire ne peut, à raison de l'a-" liénation de la chose louée, être expulsé avant l'expiration " du bail, par une personne qui devient propriétaire de la " chose louée en vertu d'un titre consenti par le locateur, à " moins que le bail ne contienne une stipulation spéciale à " cet effet et n'ait été enregistré." Il cite la version anglaise de cet article dans laquelle les mots " *en vertu d'un titre consenti par le locateur*," sont rendus par ceux-ci " UNDER A TITLE DERIVED FROM THE LESSOR," qui lui semblent plus favorables

à sa prétention, et, pour donner plus de consistance à celle-ci, il soutient que cet article doit être interprété à l'aide de l'article 2128 qui se lit comme suit : " Le bail d'immeubles, " pour un terme excédant un an, ne peut être invoqué à " l'encontre d'un tiers-acquéreur s'il n'a été enregistré."

Ces deux articles, dit il, sont de droit nouveau. Le premier est conçu en termes plus énergiques et plus compréhensifs que ceux de l'article 1743 du Code Napoléon sur lequel il est calqué. Or, en France, on a fait l'application de l'article 1743 aussi bien aux adjudicataires de biens saisis sur locateurs qu'aux acheteurs des mêmes locateurs à ventes privées, et même aux acquéreurs à titre particulier en vertu de testaments, de donations ou d'échanges, quoiqu'il ne soit question que de mutation par vente dans l'article 1743 Code Nap. : (3 Mourlon, Code Nap. No. 768 bis.)

Le contestant s'autorise encore des articles 644 et 645 C. P. C. pour établir que le débiteur saisi reste propriétaire en jouissance et possession de la propriété saisie jusqu'à l'adjudication, et de l'article 689, No. 8, pour faire voir que l'adjudication accompagnée de paiement du prix opère une cession de tous les droits du saisi sur l'immeuble, et il se hâte d'ajouter que le défendeur, lors de la saisie en cette cause, ne possédait *plus les droits qu'il avait cédés au contestant par son bail*, et que ces droits n'avaient pu être saisis ni vendus ;

Que la saisie et adjudication ne sont autre chose, en fait, qu'un transport forcé des droits du saisi à l'adjudicataire ; que celui-ci ne peut pas prétendre acquérir plus de droits, dans ou sur l'immeuble saisi et vendu que le saisi lui-même n'en possédait ;

Que l'adjudicataire succède au saisi et qu'il est tenu de remplir les obligations contractées par celui-ci, dans le bail, de faire jouir le locataire.

Que le locateur, lors de la saisie, n'avait pas le droit d'expulser son locataire, et que l'adjudicataire n'a pas plus de droit que lui.

Le contestant tire encore un argument des articles 652, 710 et 711 de notre Code de procédure et dit: Le droit du locataire est purement mobilier et personnel; ce n'est pas un droit réel, ce n'est pas non plus une charge sur l'immeuble qui puisse justifier une opposition à l'effet de faire continuer cette charge qui autrement serait purgée par le décret.

Il n'y a donc rien autre chose à faire, poursuit-il, que de maintenir le droit du locataire à son bail jusqu'à l'expiration de celui-ci. Et c'est pour cela que le législateur, qui savait bien que ce droit n'était pas réel, a voulu le protéger par une disposition particulière de la loi, en disant qu'il ne pourrait pas être expulsé par l'acquéreur de son locateur.

Pour bien connaître le sens et la portée des articles 1663 et 2128 du Code Civil, il faut nous reporter dans le passé et nous rappeler quel était le droit sur cette matière, avant le code.

Le bail était alors universellement reconnu comme ne donnant au locataire contre le locateur qu'un droit purement mobilier et personnel. La vente forcée mettait fin au bail. Dans le Bas-Canada, cela était d'occurrence journalière, dans la pratique. La vente privée même y mettait fin et le locataire pouvait être expulsé par l'acquéreur. Avant l'abrogation de la loi *Æde*, peu de temps avant notre code, le locateur pouvait lui-même l'expulser pour occuper en personne les lieux loués. Le locataire n'avait qu'un recours personnel en dommages contre son locateur, s'il n'était pas maintenu en jouissance (Pothier, louage, Nos. 62, 101, 288, 289; I Pigeau, Procédure Civile, No. 778.)

Si le Code n'a pas clairement abrogé le droit ancien, il subsiste encore.

En lisant l'article 1601 de notre Code où le louage est défini " un contrat par lequel le locateur *accorde au locataire* " *la jouissance* d'une chose pendant un certain temps moyennant un loyer, etc., on est tenté d'y voir une innovation radicale et l'intention, chez le législateur, de créer un droit réel. En effet, d'après les anciens jurisconsultes, et particulière-

ment Pothier dont la définition du louage est reproduite dans l'article 1709 du Code Napoléon, le locateur ne *s'obligeait qu'à faire jouir le locataire* d'une chose pendant un certain temps moyennant un certain prix. Un louage de cette nature ne constituait évidemment qu'une obligation personnelle de faire jouir et si le locateur y manquait, il devenait simplement passible de dommages intérêts.

Dans notre article 1601, ce n'est plus une simple promesse de faire jouir que fait le locateur, c'est la *jouissance même qu'il accorde* et pour tout le temps du bail, de telle sorte que le locataire ne puisse pas en être expulsé à raison d'une aliénation consentie par lui locateur, art. 1663.

Malgré cette énergie dans les termes de l'article 1601, il existe encore une différence immense entre le droit de l'usufruitier, qui est un droit réel bien reconnu, et celui du locataire.

En effet, le premier est tellement détaché de la propriété et indépendant de la volonté du nu propriétaire, que celui-ci est obligé de laisser jouir l'usufruitier et n'est obligé qu'à le laisser jouir de la chose usufruitée, telle qu'elle est, pendant que le locateur, non seulement est obligé de livrer la possession de la chose louée au locataire, mais il est obligé de le maintenir en jouissance paisible et d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel il l'a louée, art. 1612. C'est au locateur à protéger le locataire contre tous les troubles causés par suite d'une action contre la propriété ou tout autre droit *dans ou sur la chose louée*, et si le locateur ne réussit pas à écarter le trouble, il est obligé de souffrir une réduction du loyer proportionnée à la diminution dans la jouissance de la chose, et même de payer des dommages, pourvu que la cause du trouble lui ait été dénoncée, art. 1618. Or toutes ces obligations d'entretien et de protection sont des obligations purement personnelles, et les actions qui en résultent en faveur du locataire sont des actions purement mobilières. Il en est autrement pour le droit réel, le *jus in re* qui donne naissance à l'action immobilière.

Si donc le locateur cesse de maintenir son locataire en jouissance paisible de la chose louée ou de partie de cette chose, son obligation se résout en dommages intérêts, suivant cet article 1618, pour la bonne raison que le locataire n'ayant pas acquis un droit dans la chose, *jus in re*, ne peut la garder de son propre chef contre les actions de ceux qui la réclament en vertu du droit de propriété ou d'un autre dans ou sur cette chose. Il est forcé d'attendre secours de la part du locateur, tenu de veiller et d'agir jusqu'au dernier instant de la durée du bail au maintien en bon état de la chose louée pour permettre au locataire d'en jouir.

Les commissaires chargés de préparer le Code et après eux les législateurs qui l'ont adopté, préoccupés de la pensée, de ne pas laisser les locataires exposés aux dérangements résultant et des ventes et des aliénations, en général, consenties par le locateur, ont fait l'article 1663 (Rapport des codific. Tome 2. p. 29.)

Ils ont vu, dans cet article, la naissance d'un droit nouveau qu'ils ont désigné sous le nom de charge. Ils ont cru devoir soumettre cette charge à la formalité de l'enregistrement pour lui donner la publicité requise et, dans ce but, ils ont suggéré ce qui est maintenant l'article 2128 du code. " Le bail d'immeuble pour un terme excédant un an ne peut " être invoqué à l'encontre d'un tiers acquéreur s'il n'a été " enregistré." (Rapport, Tome 3, p. 65 et 193). Puis, afin de prévenir les fraudes qui pourraient se commettre par des paiements anticipés, ils ont suggéré l'article 2129 C. C.

Le législateur n'ayant exprimé la défense d'expulsion que par ceux qui ont un titre *consenti* par le locateur, nous ne devons pas étendre cette disposition à d'autres cas.

Si l'on croit que la version anglaise soit en conflit avec la version française et qu'il résulte de là un doute sur l'étendue de la modification, apportée par le législateur, au droit préexistant, celui-ci doit continuer de subsister, puisqu'il ne serait pas clairement abrogé. Si le législateur avait voulu conserver le droit du locataire, même dans le cas d'aliéna-

tion forcée, pourquoi ne l'aurait-il pas exprimé ? Mais, dit le requérant, la vente forcée est toujours une vente consentie par le débiteur, sur qui elle est faite en ce sens qu'il y a donné son consentement, en contractant sa dette. En faisant une dette, il savait qu'il donnait pouvoir au créancier de saisir tous ses biens, pour la payer, si, plus tard, il ne payait pas volontairement.

Soit; il y a consenti, dans ce sens; mais en règle générale on ne dit pas qu'une vente forcée soit une vente consentie par le débiteur.

Et il existe plusieurs différences notables entre la vente réellement consentie et la vente forcée. Dans la première, c'est le vendeur qui fait ses conditions, dans la seconde, la loi les impose: dans la première il y a garantie, dans la seconde la garantie n'existe pas. Il y a bien d'autres différences, qu'il serait trop long d'énumérer ici.

On dit qu'en France l'adjudicataire, à vente par autorité de justice, ne peut pas expulser le locataire; c'est vrai et, de ce que notre article 1663 est plus compréhensif que l'article 1743 du Code Français, on en conclut qu'il doit en être ainsi chez nous. Ce raisonnement serait bon, si c'était par la seule vertu de l'article 1743, que cette jurisprudence se serait établie en France. Il n'en est pas ainsi. Le Code de Procédure Civile Français, article 682 (ancien texte) No. 4, porte que dans le tableau des biens, placé dans l'auditore, pour faire connaître les immeubles saisis, outre l'indication sommaire des biens ruraux, " chaque article contiendra... les noms des fermiers ou colons, s'il y en a, et, par un argument *à contrario* , on fait dire à l'article 684 (nouveau texte): " lorsque l'immeuble loué ou affermé est saisi sur le bail-" leur, le bail, pourvu qu'il ait acquis date certaine anté-" rieurement au commandement qui a précédé la saisie, est " opposable aux créanciers saisissants et à l'adjudicataire." 3, Mourlon Code Napoléon, p. 299, à la fin du No. 768 *ter*. Nous n'avons rien d'analogue à cela.

Passons aux autres raisons du contestant. Il prétend que

l'adjudicataire ne peut pas avoir plus de droit dans ou sur la chose saisie que n'en avait le débiteur saisi. C'est admis, mais il a tous ceux qu'avait le saisi, et parmi ceux-ci se trouve le droit de propriété (article 706) *à compter de sa date.* Or le droit de propriété donne le droit à l'action en revendication, un droit dans la chose même, et si l'adjudicataire exerce ce droit contre la chose louée, durant le bail, ce n'est pas le locataire, qui n'a pas de droit réel dans la chose, qui peut y résister mais son locateur en vertu de l'article 1618 C. C., et si celui-ci ne le maintient pas en jouissance, il doit les dommages à son locataire en vertu du même article.

Le contestant dit que l'adjudicataire succède au saisi et qu'il est tenu aux obligations de celui-ci, et notamment à l'obligation contractée dans le bail de faire jouir le locataire.

Il n'est pas exact de dire que l'adjudicataire succède au saisi. Il lui succède bien en ce sens qu'il vient après lui et prend sa place, comme propriétaire de la chose saisie. Il n'est pas son successeur dans le sens d'avoir à remplir ses obligations, excepté celles qui découlent du droit de propriété même ou des droits réels dans l'immeuble ou bien qui sont imposées par la loi. Or le droit du locataire, comme on l'a vu, n'est pas un *jus in re*, et nulle part la loi n'impose à l'adjudicataire l'obligation d'entretenir le bail fait par le saisi, même antérieurement à la saisie.

Mais, dit le contestant, le saisi avait, par le bail, cédé la jouissance au locataire pour un an et avant l'expiration de l'année, le demandeur a fait pratiquer une saisie, la jouissance n'a pas pu être saisie ni par conséquent être transférée à l'adjudicataire, donc celui-ci ne peut l'obtenir avant l'expiration du bail.

La jouissance, comme on l'a vu, n'est pas un droit réel, un *jus in re*, ce n'est pas un démembrement du droit de propriété, comme l'est l'usufruit, il ne subsiste pas comme celui-ci séparément de la nue propriété, il ne subsiste donc pas, dans la personne du locataire, séparément du droit de propriété. Or celui-ci finit au moment de l'adjudication ; la

jouissance du saisi finit aussi avec sa possession par l'adjudication (Art. 645, C. P. C.). Les intérêts cessent de courir contre l'immeuble vendu, le jour de l'adjudication, Art. 734 C. P. C.

Le locataire ne possède pas l'immeuble loué en vertu d'un autre droit que celui de son locateur, son droit de possèder résulte d'un droit personnel qu'il a contre le locateur de se faire maintenir en possession. Or la possession doit finir en même temps que celle du saisi, au nom de qui et pour qui il possède.

Prenons maintenant le point de vue adopté par les commissaires codificateurs, que le bail constitue une charge sur la propriété. Est-ce qu'à ce point de vue le contestant serait bien fondé à retenir la propriété ?

L'article 648 C. P. C. prescrit que les avis de vente donnés par le shérif doivent contenir, outre la désignation de l'immeuble, les charges mentionnées dans le procès-verbal de saisie et celles dont le saisissant requiert d'ailleurs par écrit l'insertion ; l'article 640 dit : " *La partie saisie*, de même que " la partie saisissante peut faire insérer au procès-verbal les " *charges foncières*...dont sont grevés les immeubles saisis ; " l'article 659 donne l'opposition à fin de charge au tiers, lorsque l'immeuble saisi est annoncé pour être vendu, sans la mention de quelque charge particulière, dont l'immeuble est grevé, et qui peut être purgée par le décret ; parmi les charges que la loi mentionne comme n'étant pas purgées par le décret, ne se trouve pas nommée ni directement ni indirectement la charge du bail à loyer. Dans la présente cause le procès-verbal de saisie et les avis de vente ne font mention d'aucune charge qui aurait été créée sur l'immeuble par un bail fait au contestant. Une telle charge n'a donc pas pu être conservée en sa faveur.

Enfin le contestant dit que son droit est un droit purement mobilier. Si c'est un droit purement mobilier, il est nécessairement personnel. Alors son recours doit être, comme son droit, personnel ; et ce droit, comme il le tient de son

locateur, qui le lui fait perdre ou qui le laisse perdre, c'est contre son locateur qu'il doit l'exercer, (25 Laurent, louage, Nos. 9, 10, 11, 12, 13 ; 4 Aubry et Rau, p. 471, § 365, note 7 ; et 25 Laurent, Nos. 14 à 35.

Mais dit le contestant, si mon locateur est devenu insolvable, comme c'est presque toujours le cas dans les ventes par décret, je devrai perdre mes dépenses d'installation et même mon loyer, si je l'ai payé d'avance. C'est possible, et c'est un inconvénient grave. Il ne s'ensuit pas qu'on doive mettre de côté une loi, toutes les fois que, dans la pratique, il peut en résulter des inconvénients si, en général, son effet est bon.

Supposons que le contestant aurait voulu revenir sur sa déclaration et soutenir que le bail lui donne un droit réel dans la propriété, sa position n'en serait pas meilleure, car ce droit se trouverait purgé, aux termes de l'article 711 du C. P. C. " Le décret purge tous autres droits réels non com- " pris dans les conditions de la vente."

Petition for writ of possession granted.

2129. [Tout acte portant quittance de plus d'une année de loyer d'un immeuble par anticipation, ne peut être opposé à un tiers-acquéreur, s'il n'a été enregistré avec désignation de l'immeuble.]

2129. [No act containing a discharge from the rent of an immoveable for more than one year in anticipation, can be invoked against a subsequent purchaser unless it has been registered, together with a description of the immoveable.]

---

* 24 *L. C. J.*, *p.* 243. *Dupuy et McClanaghan*, *Jetté*, *J.*, *C. S. M.*, 1840. } HELD :—1. That the proprietor of an immoveable property hypothecated cannot lease this immoveable and receive the

rents by anticipation, to the detriment of the rights of the hypothecary creditor.

2. That in such a case where the tenant pays the rents by anticipation, he may be condemned to pay them a second time.

3. That article 2129 of the Civil Code applies only to a third purchaser and not to a hypothecary creditor.

In this case the plaintiff, as assignee to the estate of one Noel Jubinville, an insolvent, alleged that on the 19th of February, 1876, the said Noel Jubinville acknowledge himself indebted to James Clyde *et al*, under deeds of obligation and mortgage, in a sum of about £2450.0.0 sterling, for which he hypothecated a certain lot of land in St. Antoine ward, Montreal.

That while the said property was in the possession of said Noel Jubinville as proprietor, he leased a part thereof to defendant at the rate of $27 per month.

That said Noel Jubinville afterwards became insolvent, and his estate was placed in the hands of the plaintiff as official assignee.

That the said James Clyde *et al.* proved claims against said estate showing a balance then due to them of $608.94 for interest, besides the capital of their mortgages.

That on the 17th of January, 1879, the property was sold by the assignee for $11,100, but the proceeds of the sale were insufficient to pay the amount of the mortgages of James Clyde *et al.*

That during the period in which the said assignee was vested with said property defendant used and occupied said premises as lessee, but failed to pay any rent for his use and occupation, which amounted to $135.00.

Defendant pleaded that on the 27th of June, 1878, said Noel Jubinville leased by authentic lease before Decary, N. P., to defendant, for two years and ten months from the first of July then next, the said premises, and at the same time paid in advance to the said Jubinville the rent for the first ten months up to the 1st of May, 1879, amounting to

$271.00, which included the period for which the plaintiff claimed rent from the defendants who then prayed for the dismissal of plaintiff's action.

Plaintiff replied that the effect of the lease, so far as the insolvent was concerned, was merely a covenant to allow the defendant to use and occupy the premises, in which respect the assignee carried out the contract, but the ownership of the property became vested in plaintiff in his quality of assignee to said Jubinville's estate, and as an accessory of such ownership the right to enjoy the said property and the revenues thereof for the benefit of the creditors of said estate, of which right the plaintiff could not be and was not deprived by the alleged payment by defendant in advance, which payment, if made, was at defendant's own risk and peril, and subject to the condition of the said Jubinville's continuing to be the owner of said property and having the right to allow the defendant to use the same, and the alleged payment in advance became and was by the said insolvency of Jubinville of no force or effect as regards the plaintiff and the creditors of said estate, and could not affect the right of plaintiff to recover said rent for the period during which the premises were occupied after said insolvency.

JETTÉ, J.—Le 27 juin 1877, *Noel Jubinville*, négociant de Vaudreuil, donne à bail au défendeur McClanaghan, partie d'un immeuble portant No. 877 au plan cadastral du quartier St. Antoine. Ce bail est fait pour deux ans et dix mois; du 1er juillet 1878, au 1er mai 1879, 10 mois, et ensuite du 1er mai 1879 au 1er mai 1881, 2 ans. Le loyer convenu est de $27 par mois pour les premiers 10 mois et $29.17 pour chaque mois des deux années suivantes. Le propriétaire *Jubinville* reconnait, au bail, avoir reçu le paiement du loyer des premiers dix mois, savoir $270.

Six semaines après, le 10 août 1878, Jubinville, le propriétaire, est mis en faillite.

Lors du bail, la propriété louée était hypothéquée à divers créanciers étrangers, (l'un résidant en Angleterre, et deux

autres en Ecosse) pour une somme excédant la valeur réelle du dit immeuble.

Le 17 janvier 1879, le syndic ayant vendu cette propriété, elle ne rapporte en effet qu'une somme insuffisante pour payer les créanciers hypothécaires, à qui il reste dû environ $3000.

Afin de couvrir partiellement ce déficit ces créanciers se font autoriser à procéder au nom du syndic au failli *Jubinville*, contre le locataire McClanaghan, pour réclamer le paiement du loyer de la propriété en question pendant les 5 mois écoulées depuis la faillite jusqu'au 1er février suivant, savoir du 1er septembre 1878 au 1er février 1879.

Le locataire plaide le paiement qu'il a fait au propriétaire Jubinville lors du bail, pour les dix mois à courir alors, alléguant que les 5 mois réclamés font partie de ceux qu'il a ainsi payés au propriétaire, et qu'en conséquence il est libéré et ne peut être forcé de payer de nouveau.

Le demandeur ès-qualité répond que le bail invoqué n'était qu'une simple promesse de la part du propriétaire de permettre au locataire d'occuper l'immeuble baillé, mais que la propriété du dit immeuble ayant passé au demandeur ès-qualité, par la faillite du propriétaire, le droit de jouir et d'occuper le dit immeuble, accessoire du droit de propriété, a pareillement été acquis au demandeur, et le paiement du loyer, par anticipation, a été fait aux risques et péril du locataire, et sous la condition du maintien du droit de propriété du locateur, et que, par la faillite, ce paiement est devenu sans effet quant au demandeur ès-qualité et aux créanciers du propriétaire failli.

Telle est la contestation entre les parties : et il est à remarquer que le demandeur n'allègue aucune fraude de la part du propriétaire ou de son locataire le défendeur, dans la stipulation de paiement de loyer par anticipation.

Le litige présente donc une pure question de droit, sans aucune circonstance pouvant modifier en quoi que ce soit l'application des principes.

Il s'agit de savoir :

Si le propriétaire d'un immeuble hypothéqué peut donner cet immeuble à bail et en recevoir les loyers, par anticipation, au détriment des droits du créancier hypothécaire ?

De la part du défendeur on invoque l'art. 2129 du C. C., qui dit :

" Tout acte portant quittance de *plus d'une année* de loyer " d'un immeuble, par anticipation, ne peut être opposé, à un " *tiers-acquéreur* s'il n'a été enregistré avec désignation de " l'immeuble."

Par un argument *à contrario* le défendeur dit donc : puisque la quittance de *plus d'une année*, ne peut être opposée au tiers-acquéreur, il est évident que la quittance de *moins d'une année*, comme dans l'espèce, (10 mois) peut être valablement invoquée.

Mais cet argument qui pourrait être applicable au *tiers-acquéreur*, c'est-à dire à celui qui a acquis l'immeuble du propriétaire, ne l'est pas au *créancier hypothécaire*. Il y a, en effet, une différence radicale entre la position du tiers-acquéreur et celle du créancier hypothécaire. Le tiers-acquéreur n'a que des droits subséquents à ceux du locataire ; le bail existant déjà, lorsqu'il acquiert, la loi suppose qu'il a dû se renseigner, et s'il ne l'a pas fait, elle permet d'invoquer contre lui la quittance pour loyers d'une année ou moins.

Le créancier hypothécaire, au contraire, a des droits antérieurs à ceux du locataire ; ces droits sont assurés, garantis sur la chose elle-même, son droit de préférence est réglé par la loi ; tous droits subséquents acquis par le locataire ne peuvent donc préjudicier à ceux du créancier hypothécaire. Autrement l'hypothèque n'offrirait plus aucune garantie, aucune sécurité, et il serait au pouvoir du propriétaire de l'immeuble grevé d'hypothèque de diminuer à sa volonté la valeur du gage hypothécaire. Il y a plus, le droit qu'acquiert le locataire en vertu du bail, s'il n'est pas enregistré, ne peut être qu'un droit *purement personnel*, et qui par conséquent, ne peut entrer en concours avec le droit

du créancier hypothécaire ; s'il est enregistré, il ne peut compter, à tout événement, que de la date de son enregistrement, et il ne peut encore être opposé au droit du créancier hypothécaire antérieur.

Dans l'espèce, le bail a été enregistré, mais le 25 juillet 1878, c'est-à-dire moins de 30 jours avant la faillite du propriétaire. Cet enregistrement ne peut donc être invoqué comme créant un droit réel, opposable aux autres créanciers hypothécaires.

La position du défendeur qui a payé d'avance 10 mois de loyer, est donc vis-à-vis des créanciers hypothécaires, simplement celle d'un créancier chirographaire qui a avancé de l'argent sans prendre de garanties pour s'en assurer le remboursement.

Dans ces circonstances, l'action étant prise par les créanciers hypothécaires, au nom du syndic, mais dans leur propre intérêt, je suis d'avis que le paiement anticipé de loyer que le défendeur a fait imprudemment ne peut leur être opposé.

Le défendeur aura son recours contre la faillite comme créancier chirographaire, pour ce qu'il a payé au failli, mais il ne peut jouir de l'immeuble hypothéqué au détriment de ceux à qui il était engagé pour plus que sa valeur.

Le demandeur ès-qualité, doit donc avoir jugement pour la somme demandée.

Autorités :

Voir 3 Aubry et Rau, § 286, p. 427, 430, 434 ; texte et notes, 21, 22, 25, 26.

Revue Crit. de Législation, 1854, 1re partie, p. 160 et suiv., art. de Paul Pont, p. 164.

Acte de faillite, sec. 16.

C. C. 1639, 1663, 1664, 2090, 2128, 2129.

Troplong, Louage, Nos. 539, 540.

NOTE.—Nous n'avons pas l'article 684 du C. de Procéd. français : au contraire dans notre droit le *saisi* reste en possession jusqu'à l'adjudication ; C. P. C. 645.

Néanmoins dans l'espèce, la faillite a transmis la propriété immédiatement au syndic. Donc le locataire n'a plus droit de jouir sans payer.

The following is the judgment of the Court :

" La Cour, etc.

" Considérant que le demandeur ès-qualité de syndic duement nommé à Noel Jubinville, failli, ci-devant négociant de Vaudreuil, et propriétaire de l'immeuble ci-après décrit savoir.................réclame du défendeur la somme de $135, pour cinq mois de loyer de partie du dit immeuble, du premier septembre 1878 au premier février 1879, à raison de $27 par mois, le dit immeuble loué au défendeur par le dit failli le 27 juin 1878, et dont la propriété a passé par l'opération de la loi de faillite au dit demandeur ès-qualité dès le moment de la faillite du dit propriétaire, savoir le 10 août 1878 ;

" Considérant que la dite action a été ainsi prise au nom du demandeur ès-qualité par James Clyde *et al.*, en leur qualité de créanciers ayant hypothèques duement inscrites sur l'immeuble sus-décrit, en vertu d'une autorisation spéciale à eux donnée à cette fin, conformément aux dispositions de la loi de faillite ; les dits créanciers alléguant que l'immeuble sus-décrit, affecté à leur garantie, a été vendu par le syndic et n'a rapporté qu'une somme insuffisante pour payer leurs hypothèques, et qui les laisse à découvert d'une somme de $3000, et que le défendeur, comme locataire et occupant du dit immeuble pendant la période susdite, est tenu d'en payer la jouissance et occupation ;

" Considérant que le défendeur plaide en réponse à cette action que par le bail que le failli Jubinville lui a consenti du dit immeuble le 27 juin 1878, il a été reconnu que lui, le défendeur, avait payé d'avance au propriétaire Jubinville tout le loyer à échoir de la date du dit bail au premier de mai 1879, et qu'en conséquence, il ne peut maintenant être tenu de payer ce même loyer une seconde fois ;

" Considérant que le créancier hypothécaire a, sur l'im-

meuble hypothéqué, un droit préférentiel pour le paiement de sa créance, qui ne peut être affecté par aucune convention subséquente faite par son débiteur ;

" Considérant que le bail d'un tel immeuble avec paiement de loyer par anticipation, si tel paiement pouvait être opposé au créancier hypothécaire, aurait pour effet de diminuer le gage de celui-ci sans son consentement ;

" Considérant que le locataire qui prend à bail un immeuble hypothéqué et qui en paye le loyer d'avance n'obtient sur icelui, pour assurer la jouissance représentant la somme de loyers avancés qu'une créance chirographaire, s'il ne stipule pas d'hypothèque ; et n'obtient qu'une hypothèque inférieure en rang à celle des créanciers déjà inscrits, dans le cas contraire ; et que dans l'un et l'autre cas il ne peut venir en concours avec ceux qui le priment ;

" Considérant que l'hypothèque des créanciers en cette cause remonte au 19 février 1876 ;

" Considérant au contraire que le défendeur en cette cause n'a enregistré son bail que le 25 juillet 1878, c'est-à-dire moins de trente jours avant la faillite du propriétaire, et, que par suite, il ne peut réclamer aucun droit privilégié sur le dit immeuble ; que néanmoins la jouissance d'icelui, sans payer de loyer, constituerait tel privilége au détriment des créanciers hypothécaires du failli ;

" Vu L'article 2090 du Code Civil ;

" Considérant que l'article 2129 ne s'applique qu'au tiers-acquéreur et non au créancier hypothécaire ;

" Considérant, en conséquence, que le paiement par anticipation de dix mois de loyer, fait par le défendeur au failli, ne peut préjudicier aux droits des créanciers hypothécaires duement inscrits sur le dit immeuble, et que ceux-ci sont bien fondés à réclamer le paiement du loyer, nonobstant tel paiement, que le défendeur a fait à ses risques et périls ;

" Renvoie l'exception et défense du défendeur, et le condamne à payer au demandeur ès-qualité la dite somme de $135 cours actuel, avec intérêt à compter du 27 mars 1879,

jour d'assignation, jusqu'au paiement, et les dépens distraits à Messrs. Abbott, Tait, Wotherspoon & Abbott, avocats du demandeur ès-qualité."

Judgment for plaintiff.

CHAPITRE TROISIÈME.

DU RANG QUE LES DROITS RÉELS ONT ENTRE EUX.

2130. Les droits privilégiés qui ne sont pas assujettis à l'enregistrement prennent rang suivant leur ordre respectif.

Les droits qui sont assujettis à l'enregistrement et qui ont été enregistrés dans les délais fixés ont leur effet suivant les dispositions contenues au chapitre qui précède.

Hors les cas ci-dessus et celui des articles 2088 et 2094, les droits réels ont rang suivant la date de leur enregistrement.

Si néanmoins deux titres créant hypothèque sont entrés le même jour et à la même heure, ils viennent ensemble par concurrence.

Si un titre d'acquisition et un titre créant hypothèque relativement au même immeuble sont en-

CHAPTER THIRD.

OF THE ORDER OF PREFERENCE OF REAL RIGHTS.

2130. Privileged rights which are not subject to registration take precedence according to their respective rank.

Rights subject to registration and which have been registered within the prescribed delays, take effect according to the provisions contained in the preceding chapter.

Except the above cases and the case of articles 2088 and 2094, real rights rank according to the date of their registration.

If however two titles creating hypothec be entered for registration on the same day and at the same hour they rank together.

If a deed of purchase, and a deed creating a hypothec. both affecting the same immoveable, be en-

trés en même temps, la priorité du titre établit le droit de préférence.

[Aucune hypothèque, excepté celle en faveur des compagnies d'assurance mutuelle pour le recouvrement des contributions des assurés,n'a d'effet sans enregistrement.]

tered at the same time, the more ancient deed takes precedence.

[No hypothec has any effect without registration, except that of mutual insurance companies for the amount which the parties insured are liable to contribute.]

Voy. *Sts. Ref.*, ch. 37, s. 27, cités sur art. 2104, et s. 37, sur art. 2122.

CHAPITRE QUATRIÈME.

DU MODE ET DES FORMALITÉS DE L'ENREGISTREMENT.

2131. L'enregistrement se fait par transcription ou par inscription.

Il peut être renouvelé de temps à autre, sans néanmoins interrompre la prescription, à la demande du créancier, ses ayants cause ou toute autre personne intéressée ou qui pourrait requérir l'enregistrement. Ce renouvellement se fait par la transcription, dans un registre tenu à cet effet, d'un avis au régistrateur, désignant

CHAPTER FOURTH.

OF THE MODE AND FORMALITIES OF REGISTRATION.

2131. Registration is effected at length or by memorial.

It may from time to time, without however interrupting prescription, be renewed upon the demand of the creditor or his assigns or of any other person interested or entitled to demand registration. The renewal is made by transcribing, in a register kept for that purpose, a notice to the registrar designating the

le document et la date de son enregistrement primitif, la propriété affectée et la personne qui en est alors en possession ; et mention est faite en marge de l'enregistrement primitif, du volume et de la page où est transcrit l'avis de renouvellement.

Si le titre a été enregistré originairement dans une autre circonscription d'enregistrement et qu'il n'en ait pas été transmis de copie au bureau de la nouvelle circonscription, l'avis de renouvellement doit faire mention du lieu où le document a été ainsi enregistré.

Il est tenu un index des livres employés à l'enregistrement des avis de renouvellement, et chaque avis est entré dans l'index sous les noms du créancier, du débiteur et du propriétaire de l'immeuble tel que porté dans l'avis.

document, the date of its original registration, the immoveable affected and the person who is then in possession of it ; and the volume and page in which the notice of renewal is registered must be referred to in the margin of the original registration.

If the title were originally registered in another registration division and a copy thereof have not been transmitted to the registry office of the new division, such renewal must mention the place where the title has been so registered.

An index must be kept for the books used for the registration of notices of renewal, and each notice is entered in the index both under the names of the creditor and of the debtor and under that of the owner of the immoveable as given in the notice.

St. de Québec, 38 *Vict.*, *ch.* 14, *s.* 1. } 1. Les avis et déclarations mentionnés dans les articles 2098, 2131 et 2172 du code civil peuvent être donnés aux régistra-

teurs, pour les intéressés, par toute personne quelconque, parente ou non. Ils peuvent aussi être donnés par les femmes mariées, les interdits et les mineurs eux-mêmes.

SECTION I.

DE LA TRANSCRIPTION.

2132. La transcription se fait en transcrivant en entier sur le régistre, le titre ou document qui crée le droit ou qui y donne lieu, ou un extrait de ce titre fait et certifié suivant les dispositions de l'article 1216.

L'erreur d'omission ou de commission dans la transcription d'un document, ou dans le document présenté pour enregistrement, ne peut affecter la validité de cet enregistrement que si elle tombe sur quelque disposition essentielle qui doive être consignée dans un bordereau ou dans un certificat du régistrateur.

SECTION I.

OF REGISTRATION AT LENGTH

2132. Registration at length is effected by transcribing on the register the title or document which creates or gives rise to the right, or an extract from such title made and certified according to the provisions of article 1216.

Errors of omission or commission in the registration at length of any document or in the document presented for registration do not affect the validity of such registration unless they occur in some material provision which should be noticed in a memorial or in a registrar's certificate.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *ss.* 2, 18 *à* 24. } 2. Tel enregistrement pourra être fait tout au long, ou au moyen d'un sommaire,—ou d'un extrait, s'il s'agit d'un acte notarié, sujet néanmoins aux dispositions ci-dessous établies. 4 V. c. 30,—7 V. c. 22,—8 V. c. 27, &c.

18. Les documents, instruments par écrit, actes et choses mentionnés dans la première section de cet acte, ou dont l'enregistrement est requis, tant ceux en forme authentique ou notariée, que ceux faits et passés devant témoins, et les jugements, actes et procédures judiciaires et autres matières de record, pourront être enregistrés en les transcrivant tout au long dans les registres ou livres d'enregistrement dans le bureau d'enregistrement qu'il appartient ; et le certificat du régistrateur apposé sur le document, écrit, acte ou chose enregistré tout au long, sera pris et considéré comme preuve du dit enregistrement, qui sera fait à la demande de toute personne en se conformant aux exigences du présent acte à cet égard ;

2. Pourvu que si tel document, instrument par écrit, acte ou chose présenté pour être enregistré au long, est en forme authentique ou notariée, la simple copie de ces premiers, ou s'il s'agit d'un acte ou procédure judiciaire, ou autre matière de record, une copie certifiée par l'officier qu'il appartient, présentée au régistrateur, suffira pour obliger le régistrateur à l'enregistrer, sans autre demande par écrit de la part d'aucune des parties aux dits actes, ou sans produire d'autre document au régistrateur. 7 V. c. 22, s. 5, etc.

19. L'enregistrement pourra être fait au moyen d'extraits des actes notariés faits et passés conformément au chapitre soixante-treize de ces Statuts Refondus, concernant le notariat ; et cet enregistrement aura le même effet, en ce qui regarde le contenu de ces extraits seulement, que si l'acte était enregistré tout au long ; l'honoraire du régistrateur pour le certificat de tel extrait sera de trente centins, à moins et jusqu'à ce qu'il en soit autrement prescrit par le gouverneur en conseil, sous l'autorité des dispositions ci-dessous prescrites dans la cent sixième section. 19-20 V. c. 15, s. 2,—23 V. c. 59, s. 27.

20. Et pour les fins sus-mentionnés et pour mieux conserver les titres des immeubles passés devant témoins :

Toute personne intéressée dans l'enregistrement d'aucun

titre, transport, testament ou document, affectant des immeubles dans le Bas Canada, et passé devant témoins, pourra le faire enregistrer au long ; et les régistrateurs sont par le présent requis d'enregistrer les titres, transports, testaments et documents qui sont ainsi présentés pour être enregistrés au long, en les grossoyant dans des livres ; et les dits régistrateurs indiqueront, à la marge de toute telle entrée, le temps où telle entrée et tel enregistrement ont été faits, et signeront et endosseront un certificat sur tel titre, transport, testament ou document, et conserveront en sûreté dans leurs bureaux, les livres où seront faits ces entrées et enregistrements ; et toutes copies des entrées et enregistrements des dits titres, transports, testaments et documents, ainsi enregistrés, certifiées par les dits régistrateurs respectivement, seront considérées et reçues comme une preuve suffisante des titres, transports, testaments et documents, ainsi enregistrés, si les originaux sont détruits par le feu ou par tout autre accident. 4 V. c. 30, s. 40,—8 V. c. 27.

21. Et chaque tel titre, transport, testament ou autre document, s'il est exécuté et publié en aucun lieu en cette province, sera enregistré au long, si un affidavit donné devant l'un des juges de la cour du banc de la reine ou de la cour supérieure, ou devant tout commissaire autorisé à recevoir les affidavits, soit dans le Haut ou le Bas Canada, destinés à être produits devant la cour supérieure, ou devant un juge d'aucune des cours supérieures de loi ou d'équité, ou devant aucun juge d'une cour de comté dans les limites de son comté dans le Haut Canada,—est présenté avec tel titre, transport, testament ou document, au régistrateur, dans lequel affidavit l'un des témoins de l'exécution de tel titre, transport, ou document, ou de la signature et publication de tel testament, jurera qu'il a vu exécuter le dit titre, transport ou document, ou signer et publier tel testament par le testateur ;—ou si lorsque tel titre, transport, testament ou document est présenté au bureau du régistrateur pour être enregistré au long comme susdit, l'un des témoins de l'exé-

cution de tel titre, transport ou document, ou de la signature et de la publication de tel testament, fait serment, devant le dit régistrateur ou son député, qu'il a vu exécuter le dit titre, transport ou document par le cédant, ou signer et publier tel testament par le testateur. 23 V. c. 59, s. 22.

22. Chaque tel titre, transport, testament ou autre document, s'il est fait et exécuté, ou publié dans aucune partie de la Grande Bretagne ou d'Irlande, ou dans aucune colonie ou possession appartenant à Sa Majesté, pourra être enregistré au long par tout régistrateur, pourvu qu'un affidavit au même effet que celui mentionné dans la section vingt-et-un, —atteste sous serment devant le maire ou magistrat en chef de toute cité, bourg ou ville incorporée de la Grande Bretagne ou d'Irlande, ou devant un commissaire nommé dans la Grande Bretagne ou en Irlande pour prendre les affidavits dont il doit être fait usage dans toute cour de juridiction civile dans le Bas Canada, ou devant le juge en chef ou un juge de la cour suprême de toute telle colonie ou possession, — soit présenté au régistrateur avec le dit titre, transport, testament ou document, si une copie du testament et de la vérification est produite au régistrateur :

2. Et chaque tel titre, transport, testament ou document, s'il est fait et exécuté, ou publié dans un état étranger, pourra être enregistré au long, pourvu qu'un semblable affidavit,—attesté sous serment devant un ministre plénipotentiaire ou ministre extraordinaire, ou chargé d'affaires, ou un consul de Sa Majesté, résidant ou accrédité dans tel état étranger,—soit présenté au régistrateur avec le dit titre, transport, testament ou document ;

3. Mais tout testament, une fois signé et publié, pourra être ainsi enregistré si une copie du testament et de la vérification d'icelui est produite au régisirateur ; 4 V. c. 30,—16 V. c. 198, s. 2, – 23 V. c. 57, s. 35.

23. Tout enregistrement au long de tels titres, transports, testaments et documents, sera pris et considéré comme étant nn enregistrement d'iceux conformément à cet acte ; et le

certificat du régistrateur apposé aux dits titres, transports, testaments et documents, sera reçu comme preuve du dit enregistrement. 4 V. c. 30, s. 44.

24. Toute procuration, exécutée devant témoins, dans aucune partie de cette province ou des autres possessions de Sa Majesté,ou dans aucun état étranger, en vertu de laquelle aucun titre, transport ou document enregistré au long, en vertu des dispositions précédentes, a été exécuté devant témoins, pourra être enregistrée au long, à la réquisition de toute personne quelconque, de la même manière et sur la même preuve, faite devant les mêmes personnes officielles, que tout tel titre, transport ou document exécuté devant témoins, dans la méme partie de cette province ou des autres possessions de Sa Majesté, ou dans le même pays étranger, peut être enregistré en entier, en vertu du présent acte;— et les dispoitions du présent s'y appliqueront une fois enregistrée. 23 V. c. 59, s. 24.

De Bellefeuille, sur art. 2132. } Jurisp.—1. La copie certifiée par un régistrateur d'un acte authentique enregistré au long ne fait pas preuve.—Dissein vs Ross, II R. de L., 58.

2. The registration at full length of a deed of sale in which the payment of the price is delegated in favor of a third party, does not operate an acceptance of such delegation.—Mallette vs Hudon, XXI L. C. J., 199.

2133. Les avis mentionnés dans les articles 2026, 2106, 2115, 2116, 2120 et 2121, doivent être transcrits.

2133. The notices mentioned in articles 2026, 2106, 2115, 2116, 2120 and 2121 must be registered at length.

2134. Pour obtenir l'enregistrement par transcription d'un acte authentique il suffit d'en produire une copie ou un extrait certifié par le notaire si l'acte est en minute ; ou l'original même si l'acte est en brevet.

Si le titre est sous seing privé il doit être préalablement prouvé de la même manière que les bordereaux, tel que ci-après prescrit.

2134. Registration at length of an authentic deed may be obtained upon the production of a copy or extract thereof certified by the notary, if he have kept the original of record, or of the original itself, if it have been delivered by the notary.

If the title be a private writing it must be proved in the manner hereinafter prescribed with respect to memorials.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 18 et 20 et suiv. cités sur art. 2132.

2135. L'enregistrement par transcription est certifié sur le document, avec mention du jour et de l'heure auxquels il a été entré, ainsi que du livre et de la page où il a été transcrit, avec le numéro de l'entrée et de l'enregistrement.

2135. The certificate of registration at length is written upon the document itself and mentions the day and hour at which it was entered, and the book and page in which it has been so registered, with the number under which it was so entered and registered.

St. de Québec, 31 *Vict.*, *ch.* 2, *sec.* 6, § 3. } 3. Nul certificat d'enregistrement d'aucun titre, instrument ou document, ou d'aucune recherche, sur lesquels titre, instrument, document ou recherche, un droit payable par le moyen de timbres est alors imposé par aucun ordre en conseil passé en vertu de cet acte, ne sera reçu en preuve, devant aucune cour, ni n'aura un effet quelconque, à moins que les timbres de rigueur pour le paiement de tel droit, ne soient apposés sur tel certificat, soit qu'il soit écrit sur tels titre, instrument ou document, ou donné séparément, sous la réserve toutefois du pouvoir qui est conféré à la cour ou au juge ayant juridiction à cet égard par la dix-huitième section du dit acte de la session tenue en les vingt-septième et vingt-huitième années du règne de sa majesté, de permettre qu'il soit apposé des timbres sur la demande d'aucune partie, suivant les conditions imposées par telle cour ou tel juge, en vertu des dispositions de la dite section.

De Bellefeuille, *sur art.* 2135. } Jurisp.—1. Sous la loi d'enregistrement du Bas-Canada, il n'est pas nécessaire que le certificat du régistrateur soit écrit sur l'instrument même, mais il peut l'être sur un papier séparé, pourvu que l'acte enregistré soit suffisamment identifié. Dans l'espèce, il était établi par le certificat produit que le titre de créance du demandeur avait été enregistré.—Foley & Godfrey, XV L.C.R., 482.

2. Deux jugements, l'un rendu le 31 mai 1866 et l'autre le 3 juin 1866, qui ont été enregistrés le même jour et à la même heure sous deux numéros différents, comportent une hypothèque de même date et de même rang.—McConnell vs Dixon, X L. C. J., 140.

[ARTICLE 2136.]

SECTION II.

DE L'INSCRIPTION.

2136. L'inscription se fait au moyen d'un bordereau ou sommaire contenant l'énonciation des droits réels qu'une partie intéressée entend conserver, et qui est remis au régistrateur et transcrit sur le registre.

SECTION II.

OF REGISTRATION BY MEMORIAL.

2136. Registration by memorial is effected by means of a summary setting forth the real rights which the party interested wishes to preserve, which is delivered to the registrar and transcribed npon the register.

---

* *C. N.* 2148. } Pour opérer l'inscription, le créancier représente, soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques, l'original en brevet ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque.

Il y joint deux bordereaux écrits sur papier timbré, dont l'un peut être porté sur l'expédition du titre ; ils contiennent,

1° Les nom, prénom, domicile du créancier, sa profession, s'il en a une, et l'élection d'un domicile pour lui dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau ;

2° Les nom, prénom, domicile du débiteur, sa profession, s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, l'individu grevé d'hypothèque ;

3° La date et la nature du titre ;

4° Le montant du capital des créances exprimées dans le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée ; comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux, et l'époque de l'exigibilité ;

5° L'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il entend conserver son privilége ou son hypothèque.

Cette dernière disposition n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires : à défaut de convention, une seule inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 11 à 17. } 11. Lorsque l'enregistrement se fera par sommaire, le sommaire sera rédigé par écrit, attesté par deux témoins, et fait et enregistré à la demande de toute personne ayant un intérêt direct ou indirect dans l'enregistrement d'icelui, ou par le débiteur ou la partie assujétie à la charge à enregistrer, mais si le sommaire est fait en cette province, il pourra être enregistré à la demande de toute personne quelconque. 4 V. c. 30, s. 10, *partie*,—8 V. c. 27, ss. 1, 2.

12. Le sommaire de tout titre, transport, contrat par écrit, ou testament, doit désigner le jour, le mois et l'année de la date d'icelui, et les noms, domiciles et qualités des parties, le nom du testateur au testament et de tous les témoins du titre, transport, contrat par écrit, ou testament, et le lieu de leur domicile, ou le nom du notaire par qui il a été passé et qui en a la minute ; le sommaire doit aussi décrire et désigner l'immeuble transporté, donné, hypothéqué ou affecté conformément à la description donnée dans le dit titre, transport, contrat par écrit, ou testament, ou en termes équivalents, ainsi que la nature, le but et le caractère général, du dit titre, transport, contrat par écrit, ou testament :

2. Le sommaire d'une obligation notariée doit en indiquer la date, le nom du notaire qui l'a passée et qui en a conservé la minute, les noms, domiciles et qualités du créancier et du débiteur y nommés, et la somme d'argent pour laquelle elle est consentie ; il doit aussi décrire et désigner l'immeuble hypothéqué, grevé ou affecté par telle obligation notariée, suivant la désignation contenue dans la dite obligation notariée, ou en termes équivalents ;

3. Le sommaire de tout jugement, acte ou procédure judiciaire, reconnaissance, droit ou réclamation privilégiée, doit,

dans le cas de tel jugement, acte ou procédure judiciaire, désigner les noms, domiciles et qualités des parties, la somme recouvrée en vertu d'iceux, l'époque du prononcé du jugement ou de l'accomplissement de l'acte ou procédure judiciaire ; et s'il s'agit d'une reconnaissance, sa date, les noms, domiciles et qualités des cautions et de ceux en faveur de qui elle est consentie, et pour quelle somme d'argent, et devant qui elle a été faite et consentie, et la désignation de l'immeuble hypothéqué ou affecté par telle reconnaissance ; et s'il s'agit de droits privilégiés et hypothécaires, les noms, domiciles et qualités des créanciers et débiteurs, le montant de la dette, la nature et l'effet général de la garantie écrite, ou du document fournissant la preuve du privilége ou de l'hypothèque, et une désignation des terres et tènements grevés ou affectés par tels priviléges ou hypothèques, et la date de la dite garantie écrite ;

4. Le sommaire de la nomination d'un tuteur à des mineurs et d'un curateur à des personnes interdites, devra désigner le nom, domicile et qualité du tuteur ou curateur, et les noms de chacun des mineurs ou personnes interdites, et le nom et la qualité du juge par l'ordre et sous l'autorité duquel telle nomination a été faite, et devra aussi déclarer si le sommaire doit être enregistré à l'égard de tous les immeubles du tuteur ou curateur, ou pour une partie seulement, et si c'est une partie, de quelle partie ; et si ce sommaire est fait par toute autre personne que le tuteur ou le curateur lui-même, il désignera aussi le nom, le domicile et les qualités de la personne par qui il est fait. 4 V. c. 30, s. 10.

13. La signature apposée à tout sommaire pourra être écrite par toute personne que ce soit, si la personne faisant tel sommaire ne sait pas écrire, pourvu que son nom soit accompagné de sa marque ordinaire qu'elle devra faire en la présence des témoins du sommaire. 19, 20 V. c. 15, s. 4.

14. Pour l'enregistrement des sommaires, chaque sommaire fait et exécuté en la manière prescrite, sera présenté au régistrateur ou à son député au bureau d'enregistrement

du comté ou division d'enregistrement dans lequel est situé l'immeuble grevé ou affecté par le titre, testament ou autre document dont l'enregistrement est demandé, et sera reconnu par les personnes par qui il a été fait et passé, ou par l'une d'elles, ou sera prouvé sous serment par l'un des témoins présents à son exécution, devant le régistrateur ou son député, ou par affidavit en la manière ci-dessous prescrite :

2. Et avec chaque sommaire sera produit au régistrateur, le titre, transport, testament, ou vérification ou copie authentique du testament, l'obligation notariée, instrument par écrit, jugement, reconnaissance, nomination de tuteur ou gardien ou curateur, acte ou procédure judiciaire, droit ou réclamation privilégiée ou hypothécaire dont tel sommaire doit être enregistré, ou une copie notariée de tout tel document si l'original est passé devant notaire et qu'il en ait gardé la minute, ou copie authentique de tout tel document ou écrit émané d'une cour de justice, ou du juge de toute cour quelconque ;

3. Et le dit régistrateur ou son député inscrira les mots " enregistré par sommaire " sur tout tel titre, transport, testament, vérification ou copie authentique de testament, obligation notariée, instrument par écrit, jugement, reconnaissance, nomination de tuteur ou curateur, acte ou procédure judiciaire, droit ou réclamation privilégiée ou hypothécaire, ou copie notariée ou authentique d'iceux, et indiquera le jour, l'heure et le temps auxquels le dit sommaire est entré et enregistré, ainsi que le livre, la page, et le numéro sous lequel il est entré ; et le dit régistrateur ou son député certifiera le fait, et pour ce certificat, aura droit à trente centins ; à moins qu'un autre honoraire ne soit fixé sous l'autorité des dispositions ci-dessous prescrites ;

4. Et tout certificat ainsi donné sera reçu comme preuve du dit enregistrement, et tout sommaire ainsi présenté demeurera de record dans le bureau du régistrateur. 4 V. c. 30, s. 11,—8 V. c. 27, s. 1.

15. Tout sommaire fait et exécuté en tout endroit en cette

province sera enregistré par le régistrateur de la dite division, sur production faite au dit régistrateur d'un affidavit attesté sous serment devant l'un des juges de la cour du banc de la reine ou de la cour supérieure, ou devant un commissaire nommé aux fins de recevoir les affidavits à l'usage de toute cour de juridiction civile dans le Bas Canada, ou devant un notaire ou un juge de paix, au moyen duquel affidavit l'exécution du sommaire se trouve prouvée par l'un des témoins du sommaire :

2. Et tout sommaire fait et exécuté dans la Grande Bretagne ou l'Irlande, ou dans aucune des colonies ou possessions appartenant à Sa Majesté, sera enregistré sur production au régistrateur d'un affidavit attesté sous serment devant le maire ou le principal magistrat de toute cité, bourg ou ville incorporée de la Grande Bretagne ou d'Irlande, ou un commissaire nommé dans la Grande Bretagne ou en Irlande, aux fins de recevoir les affidavits à l'usage de toute cour de juridiction civile dans le Bas Canada, ou le juge en chef ou un juge de la cour suprême de toute telle colonie ou possession, au moyen duquel affidavit l'exécution du dit sommaire est prouvée par l'un des témoins du sommaire ;

3. Et tout sommaire fait et exécuté dans un état étranger sera enregistré, sur production faite au régistrateur d'un affidavit attesté sous serment devant tout ministre ou chargé d'affaires, ou tout consul de Sa Majesté résidant et accrédité dans tel état étranger, au moyen duquel l'exécution du dit sommaire est prouvée par un des témoins dn dit sommaire. 4 V. c. 30, s. 12,—8 V. c. 27, s. 1,—19, 20 V. c. 88, s. 2,—23 V. c. 57, s. 35.

16. Preuve de l'exécution de tout titre, testament, vérification de testament, dans le Haut Canada, pourra pareillement pour les fins de l'enregistrement dans le Bas Canada, être faite devant un commissaire nommé en vertu du chapitre soixante-et-dix-neuf des Statuts Refondus du Canada, 19, 20 V. c. 88, s. 2.

3 *Déc. du B. C.*, *p.* 42 *et s.*, *Carrier et Angers*, *C. S.*, *Québec* 1852. } Jugé, que la destruction d'un titre par force majeure ne peut excuser du défaut d'enregistrement quant à un tiers ; que l'enregistrement par sommaire n'opère que pour ce qui est contenu ; que l'enregistrement d'un titre-nouvel ne peut préjudicier à un tiers qui a enregistré antérieurement.

Jugement rendu le 31 mai, 1852.

Il s'agissait en cette cause de la contestation d'un rapport de distribution, entre Sir H. J. Caldwell et M. F. X. Larue, sous les circonstances suivantes :

Le 20 janvier, 1827, Caldwell vend à Guénard un emplacement, moyennant une rente constituée de £3 courant, au capital de £50. En Janvier, 1834, la minute de cet acte de vente est détruite dans un incendie. Le 14 Octobre, 1842, Guénard vend à Angers ce même emplacement pour la somme de £212 10, et en outre à la charge de payer au dit Caldwell la dite rente constituée de £3 livres courant. Le 19 Octobre, 1842, Guénard fait enregistrer cet acte par sommaire pour la conservation de son prix de vente, £212 10, mais dans ce sommaire il n'est pas fait mention de la rente constituée due à Sir H. J. Caldwell. Le 11 Mars, 1839, F. X. Larue avait prêté £100 à Angers, et fait enregistrer son titre le 30 Décembre, 1844. Le 19 Septembre, 1851, Caldwell prend un titre-nouvel de M. Angers, pour sa rente constituée, et le fait enregistrer le 22 Décembre, 1851.

L'emplacement en question ayant été vendu, il s'agissait d'en distribuer le prix entre Caldwell et Larue.

Caldwell, dans son opposition, allègue qu'il a été empêché d'enregistrer son titre originaire par force majeure, à cause de sa destruction en 1834 dans un incendie ; il invoque en sa faveur l'indication de paiement contenue dans l'acte de vente de Guénard à Angers, et l'enregistrement de cet acte par Guénard,—la passation du titre-nouvel et l'enregistrement d'icelui en 1851, et conclut à ce qu'il soit colloqué en préférence à Larue.

Le projet de distribution colloquait en effet Caldwell en préférence à Larue. Ce dernier le contesta sur le principe :

1. Que l'acte originaire constitutif de la dette, l'acte de 1827, devait être enregistré, et ne l'avait pas été;

2. Que la force majeure invoquée ne pouvait préjudicier à un tiers qui avait prêté son argent avec bonne foi, et qui avait enregistré son titre :

3. Que d'ailleurs l'acte détruit pouvait être suppléé par un titre-nouvel ou un jugement, et que Caldwell avait eu depuis 1834 à Novembre 1844, pour obtenir cet acte supplétoire ;

4. Que l'enregistrement fait par Guénard ne pouvait être utile à Caldwell, en ce que cet enregistrement, fait par sommaire, ne contenait rien au sujet de sa créance; (1)

5. Enfin, que l'enregistrement du titre-nouvel, en 1851, ne donnait à Caldwell une hypothèque qu'à compter du 22 Décembre, 1851, tandis que celle de Larue datait du 30 Décembre, 1844. Il soutenait encore que le privilége du bailleur de fonds, soit qu'il fut antérieur, soit qu'il fut postérieur à l'Ordonnance de la 4 V. c. 30, devait dans tous les cas être enregistré. La créance de Caldwell présentait ce singulier caractère, savoir : qu'elle reposait sur un acte antérieur, celui de 1827, et sur un acte postérieur, celui du 14 Octobre, 1842, vente par Guénard à Angers. Il est à propos d'observer toutefois que Caldwell n'était pas présent à ce dernier acte, qui quant à lui n'avait pas été enregistré.

La Cour maintient la contestation de Larue.

Le jugement est motivé comme suit :

La Cour.........considérant que la réclamation de Larue a été bien et duement enregistrée le 30 Décembre, 1844 ; que Sir H. J. Caldwell a négligé de faire enregistrer la sienne, et que l'enregistrement du titre-nouvel fait le 22 Décembre, 1851, ne peut préjudicier à Larue, maintient la contestation de ce dernier, etc., etc.

Duval, Juge : La force majeure invoquée par Sir H. J.

(1) Troplong, Priv. p. 230, No. 368 :—7 Vict. c. 22, s. 5,6,7 :—4 Vict. c. 30, s, 10.

Caldwell ne peut préjudicier à des tiers dans l'état actuel de notre Législation. Larue qui a prêté avec bonne foi et enregistré son titre doit nécessairement primer Caldwell.

Meredith, Juge : Et comme l'a prétendu le conseil de Larue, Caldwell pouvait aisément faire suppléer à son titre qui avait été détruit.

2137. Le bordereau est par écrit et peut être fait à la demande de toute partie intéressée ou obligée à le faire enregistrer, et il doit être attesté par deux témoins qui le signent.

La partie qui requiert le bordereau doit y apposer son nom, et si elle ne peut écrire, son nom peut y être apposé par une autre personne, pourvu qu'il soit accompagné de la marque ordinaire du requérant faite en présence des témoins.

Il peut être fait pour la Couronne par le receveur-général, ou autre officier de la Couronne, ayant le document entre ses mains, et il doit contenir les nom, emploi et domicile de la personne par qui le bordereau est fait.

2137. The momorial must be in writing and may be made at the request of any party interested in or bound to effect the registration, and must be attested by two subscribing witnesses.

The party requiring the memorial must subscribe his name to it, and if he cannot write, his name may be subscribed by another person, provided it be accompanied by the ordinary mark of such party made in the presence of the attesting witnesses.

The memorial may be made on behalf of the crown by Receiver-General or other officer of the crown in whose hands the document is, and it must state the name, office and domicile of the person by whom it is made.

[ARTICLES 2138, 2139.]

St. de Québec, 47 *Vict.*, *ch.* 13, *s.* 2. } L'article 2137 du code civil est amendé en ajoutant à la fin de son premier paragraphe, les mots suivants :

" Le bordereau peut aussi être fait en double et reconnu suivant l'article 2144*a*."

2138. Lorsqu'il y a plus d'un écrit pour compléter le droit dans la personne qui réclame l'enregistrement, ils peuvent être compris dans un seul bordereau, sans qu'il soit nécessaire d'y insérer plus d'une fois la désignation des parties et des immeubles ou autres biens.

2138. When there are more writings than one to complete the rights of the person requiring registration, they may be all included in one memorial without its being necessary to insert more than once therein the description of the parties or of the immoveables or other property.

St. de Québec, 47 *Vict.* *ch.* 13, *s.* 3. } Il suffit d'un seul bordereau au cas de plusieurs obligations ou titres ou droit provenant d'un même débiteur, dans un ou plusieurs immeubles au profit du même créancier ou acquéreur. Il en est de même pour plusieurs titres successifs et translatifs de la même propriété.

2139. Le bordereau doit déclarer :

1. La date du titre et le lieu où il a été passé ;

Si c'est un acte notarié, le nom du notaire qui en

2139. The memorial must set forth :

1. The date of the title and the name of the place where it was executed ;

If it be a notarial act, the name of the notary

à gardé la minute ou si c'est un acte en brevet le nom des notaires ou du notaire et des témoins qui l'ont signé ; s'il est sous seing privé, le nom des témoins qui y ont signé ; si c'est un jugement ou autre acte judiciaire, l'indication du tribunal ;

2. La nature du titre ;

3. La description des parties créancières, débitrices ou autres ;

4. La description des biens affectés au droit réclamé, ainsi que de la partie qui requiert l'enregistrement.

5. La nature du droit réclamé et si c'est une créance en deniers, le montant de la somme due, le taux des intérêts, et la mention des frais de justice s'il y en a.

A défaut d'indication du taux d'intérêt, l'inscription ne conserve pas droit aux intérêts excédant le taux légal.

who keeps the original thereof, or the name of the notaries or of the notary and witnesses who signed it, if the original have been delivered ; if it be a private writing the names of the subscribing witnesses ; if it be a judgment or other judicial act, it must designate the court ;

2. The nature of the title ;

3. The description of the creditors and debtors and other parties thereto ;

4. The description of the property subject to the right claimed, and that of the party requiring registration ;

5. The nature of the right claimed: and, if it be a claim for money, the amount due, the rate of interest, and the costs if there be any.

If the rate of interest be not specified, the registration does not preserve the right to interest beyond the legal rate.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 12, cités sur art. 2126.

[ARTICLE 2139.]

8 *Décisions du B. C., p.* 349 *et s., Fraser et Poulin, C. S. Québec*, 1857. } Jugé :—1. Qu'un enregistrement par sommaire d'une réclamation hypothécaire fondée sur un acte de donation, qui n'énonce pas le montant réclamé, est nul, par rapport à un acquéreur subséquent de bonne foi qui a dûment enregistré son titre d'acquisition.

2. Que tel sommaire doit contenir les matières nécessaires pour faire apparaître tout les droits que l'on veut conserver au moyen d'icelui.

Jugement rendu le 19 décembre, 1857.

L'action était en déclaration d'hypothèque pour la somme de £50, en vertu d'un acte de donation consenti par les demandeurs en faveur de Thomas Fraser, leur fils, en date du 26 avril 1854, et était dirigée contre le défendeur comme possesseur des immeubles ainsi hypothéqués. Le défendeur plaida, que par acte de vente, en date du 19 juin 1856, consenti à lui, le défendeur, par Corriveau et sa femme, il avait acquis les immeubles en question, et que son titre susdit avait été enregistré au long le 21 juin 1856, au bureau d'enregistrement pour le comté dans les limites duquel étaient situés les dits immeubles. Que l'acte de donation sus-mentionné n'avait été enregistré que par sommaire, le 2 août 1855, et que le sommaire ainsi enregistré ne contenait aucune mention de la somme de £50, pour laquelle l'action était instituée ; et qu'en conséquence les demandeurs n'avaient aucune hypothèque pour la dite somme, et que leur action devait être renvoyée avec dépens. Par le certificat du régistrateur filé en la cause, il affirme que l'enregistrement de l'acte de donation avait été fait par sommaire, et que ce sommaire ne faisait aucune mention de la somme de £50, réclamée par les demandeurs.

Chabot, Juge.—La Cour est d'opinion que le plaidoyer du défendeur qui dit, que l'enregistrement par sommaire devrait contenir toutes les allégations essentielles et nécessaires pour conserver les droits réservés, est bon. La somme ou montant de l'hypothèque est certainement essentiel, et devrait être mentionné dans le sommaire,—*Ordonnance d'enregistrement clause* 10. Les anciennes autorités aussi disent la même

chose, MERLIN *au mot Bordereau*, où il est expressément dit, que le montant de l'hypothèque réservée, devrait être mentionné dans l'enregistrement. La seule question qui se présente ici est simplement, l'hypothèque réclamée en cette cause, a-t-elle été enregistrée ? Il n'y a pas eu d'enregistrement tel que requis par le statut, et conséquemment il n'y a pas eu d'enregistrement suivant la loi. L'action est en conséquence renvoyée avec dépens.

---

24 *L. C. J., p.* 20, *Charlebois et La Soc. de Cons. Métropolitaine, C. d'Appel., M.* 1878. } HELD: That a mortgagee on immoveable property, who has duly registered his mortgage and at the same time registered by memorial the title deed of the mortgagor (making no reference therein to any charges in such title deed), has priority of hypothec over the claim of the *bailleur de fonds* contained in such title deed, and which claim was only registered afterwards (and more than two months after the execution of the title deed), by registering the title deed at full length.

CROSS, J.—On the 6th July, 1874, Alphonse Charlebois, by notarial acte, sold an immoveable to Octave Brunet for $788, who thereby undertook to pay in discharge of Charlebois $428 in capital and interest due to La Corporation Episcopale Romaine de Montréal, Charlebois' *auteur*,—the balance to Charlebois ; the property being by the deed declared hypothecated for the amounts by privilege of *bailleur de fonds.*

This deed remained unregistered until the 21st August, 1874, at which time La Société de Construction Métropolitaine, the now respondent, caused a memorial thereof to be registered, indicating the conveyance of the property registered, without mention of any balance being due thereon from Brunet for the purchase money which he had so agreed to pay to La Corporation Episcopale and to Charlebois.

On the same day, the 21st August, 1874, the defendant Brunet gave the respondent, La Société Métropolitaine, an obligation for $6,000 with *hypothèque* on the immoveable in question, which was duly registered. It was not until

the 7th September, 1874, that the vendor Charlebois, plaintiff in this cause, caused his deed of sale to be registered; he then did so by transcription at full length.

The reason for the registration of the sale by La Société Métropolitaine in the manner they procured the same to be done is evident. They had made up their mind to take security on the property, and finding that their debtor had not registered his title, they were aware that they could not get a valid hypothec from him on the property until his title was registered; having an interest in procuring it to be done, the accordingly applied for and procured that registered, but the felt no interest in, nor did they attempt to procure the registration of the *bailleur de fonds* held by Charlebois as the vendor to Brunet, nor are they supposed to have known that it had remained unpaid; they had no interest in making the enquiry. For want of diligence on the part of Charlebois this *bailleur de fonds* claimed remained unregistered until the 7th September, 1874, as above stated.

Charlebois having obtained judgment against Brunet, caused the property to be sold in this cause, and on the distribution of the proceeds Charlebois, the plaintiff, was collocated in preference to La Société Métropolitaine. They contested his collocation, and on the 18th October, 1876, a judgment of the Superior Court dismissed the contestation. The case being inscribed in Review, that Court, on the 26th March 1877, reversed the former judgment, and ordered that the Société Métropolitaine should be collocated in preference to Charlebois.

From the last mentioned judgment an appeal has been taken to this Court, and we are now called upon to decide on that appeal whether the registration made by memorial at the instance of La Société Métropolitaine on the 21st August, 1874, of the deed whereby Charlebois conveyed to Brunet the property whose proceeds are in question, was effective to enable Brunet to give a valid *hypothèque* thereon to the prejudice of the *bailleur de fonds* claim due by Brunet,

which had not been mentioned in the memorial or registration so effected on the 21st August, 1874.

Various objections were made to the sufficiency of this registration.

1st. That the law gave La Société no right to make this registration.

2nd. That it was obligatory under Art. 2139 C. C. to mention the charges on the property contained in the title sought to be registered.

3rd. The want of the designation of the domicile of the party requiring registration.

Lastly, no mention being made of the delivery of the title, or an authentic copy thereof, to the registrar, as required by Art. 2140 C. C.

It was said, that the requirements of the Art. 2148 of the Code Napoléon were similar to those which our Civil Code exacted by Art. 2139, but that the Code Napoléon was less imperative in its language than our Code, and it expressly allowed a registration by a third party, not a party to the deed, which our Civil Code had not done. It was argued nevertheless that, according to authorities cited, 7 Toul. No. 510, Troplong, T. 3, *Priviléges et Hypothèques*, p. 74, 75 and 82, the registration in question would not have been considered effective under the Code Napoléon. That the Art. 2098 C. C. protected the appellant by providing that, so long as the right of the purchaser had not been registered, all conveyances, transfers, hypothecs or real rights granted by him in respect of such immoveable were without effect, and that if the registration had been effected in conformity to the requirements of the law, it would have shewn the *bailleur de fonds* claim of Charlebois.

The Court is of opinion that the memorial registered at the instance of the Société Métropolitaine, on the 21st August, 1874, contained all the essential formalities required by the Art. 2139 of the Civil Code. A distinction is made in the authorities cited by the appellant between formalities

which are essential and those which are not; the latter, according to the best opinions, not entailing nullity of registration. There appear to have been slight omissions in the memorial in that instance by the failure to state that it was executed at Montreal, and perhaps in that it failed to state that the Société Métropolitaine had its domicile or chief place of business there, but the nature of the transaction, the parties interested, and the location of the property, indicate that it took place there, and the document was executed by the secretary of a body publicly incorporated about whose domicile and identity there could be no mistake. The Article in question does not say that the domicile is to be stated, it only requires the description of the parties. Here they are sufficiently described to indicate their identity. These informalities were not essential, and could not be held to affect the registration.

It is only in case of its being a claim for money that the memorial should contain mention of the amount due, but here the claim was merely for the registration of the purchaser's title, and that was all the Société Métropolitaine had an interest in procuring the registration of, as regards Brunet's title; and there is no law requiring that everything contained in the title should be included in the memorial. On the contrary, the mere fact that registration is permitted by memorial shews that it may be partial. The Society were not bound to know or enquire as to whether Brunet had paid all unregistered claims on the property. On the contrary, the neglect by the seller to register within the time allowed by law would seem to imply, either that he was paid, or was satisfied with the credit and standing of his debtor without desiring to retain the additional security of the purchaser.

It only remains to discuss the question as to whether the Société Métropolitaine was a party entitled by law to demand the registration.

On the same day that they asked the registration, Brunet,

the purchaser of the property, executed in their favor an obligation, hypothecating in their favor the property in question for a loan of $6,000.00; they had therefore an interest in securing themselves, and, if allowable, by the first hypothec upon the property. They were therefore specially interested in procuring the registration of Brunet's title, but not the charges, if any, against it.

By Art. 2136, registration by memorial is effected by means of a summary setting forth the real rights which the party interested wishes to preserve, which is delivered to the registrar and transcribed upon the register.

By Art. 2137, the memorial must be in writting, and may be made at the request of any party interested in or bound to effect the registration. Besides these the spirit of the registry law as expressed in other articles shews that parties having a substantial interest have a right to register.

Lastly, it is obvious that the question of the delivery to the registrar of the title or document requiring to be registered, or an authentic copy of it, as specified in Art. 2140, cannot be brought in question; that is a proceeding without which the registrar could not act, but one which does not require to be certified. It must be presumed to have taken place, for without it no registration whatever could have been effected, nor could the registrar have given any certificate respecting it. It is a matter between the party presenting the document and the registrar. The evidence that it was presented is the fact that the registrar certified its registration.

We think on the whole it is a case where the law favors the diligent. That La Société Métropolitaine secured priority by their diligence, and that the judgment of the Superior Court in Review awarding them that priority must stand. It is therefore confirmed with costs.

Judgment of Court of Review confirmed.

[ARTICLES 2140, 2141.]

2140. Le bordereau est présenté au régistrateur avec le titre ou document, ou une copie authentique du titre, et il doit être reconnu par les parties qui l'ont fait ou l'une d'elles, ou prouvé par le serment d'un des témoins qui l'ont signé.

2140. The memorial is delivered to the registrar together with the title or document, or an authentic copy of the title, and must be acknowledge by all or one of the parties to it, or be proved by the oath of one of the subscribing witnesses.

Voy. *C. N.* 2148 et *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 14, cités sur art. 2136.

2141. Lorsque le bordereau est fait en tout endroit dans le Canada, la preuve en est faite dans le Bas-Canada par la déposition sous serment d'un des témoins, attestée par un juge de la Cour du Banc de la Reine ou de la Cour Supérieure, ou un des commissaires de cette dernière cour autorisés à recevoir les affidavits, ou devant un juge de paix, un notaire, le régistrateur ou son député.

2141. When the memorial is executed in any part of Canada, it may be proved in Lower Canada, by the affidavit of one of the witnesses, sworn to before a judge of the Court of Queen's Bench, or of the Superior Court, or a commissioner of the latter court for taking affidavits, or before a justice of the peace, a notary, the registrar, or his deputy.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 15, cités sur art. 2136.

2142. Lorsque le bordereau est fait dans le Haut Canada, la preuve y peut être faite de la même manière et attestée par un juge de la Cour du Banc de la Reine, ou de la Cour des Plaidoyers Communs, ou devant un juge de paix, ou un notaire, ou devant un des commissaires de la Cour Supérieure du Bas Canada.

2142. When the memorial is executed in Upper Canada, proof thereof may be there made and attested in the same manner before a judge of the Court of Queen's Bench or of the Court of Common Pleas, or before a justice of the peace, or a notary, or before a commissioner of the Superior Court for Lower Canada.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 16, cités sur art. 2136.

2143. S'il est fait dans toute autre possession anglaise, la déposition peut y être attestée par le maire de la localité, le juge en chef ou juge de la cour suprême, ou devant un commissaire autorisé à recevoir les dépositions sous serment qui doivent servir dans les cours du Bas Canada.

2143. When it is executed in any other British possession it may be proved therein by an affidavit sworn to before the mayor of the place, the chief justice or a judge of the supreme court, or before a commissioner authorised to take affidavits to be used in the courts of Lower Canada.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 15, § 2, cités sur art. 2136.

2144. S'il est fait dans un état étranger, la déposition peut être attestée par tout ministre, chargé d'affaires, ou consul de Sa Majesté dans cet état.

2144. If it be executed in a foreign country the affidavit may be sworn to before any minister, or *chargé d'affaires*, or consul of Her Majesty in such foreign state.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, cités sur art. 2136.

St. de Québec. 47 *Vict., ch.* 13, *s.* 4. } Le bordereau fait en double, peut-être reconnu devant un notaire ou en présence de deux témoins, mais n'a point besoin d'être prouvé par serment, s'il est fait dans la province de Québec et accompagné du titre qu'il résume.

2145. Sur présentation d'un bordereau pour inscription, le régistrateur est tenu d'inscrire sur le dos du titre les mots: "Enregistré par bordereau," en y ajoutant l'indication du jour, de l'heure et du temps auxquels le bordereau a été entré, ainsi que du livre et de la page où il a été enregistré, avec le numéro de cette entrée et enregistrement. Ce certificat est signé par le régistrateur.

Le bordereau demeure parmi les archives du bureau d'enregistrement et en fait partie.

2145. When any memorial of a title is presented for registration the registrar is bound to endorse upon such title the words "registered by memorial," mentioning the day, the hour and time at which such memorial is entered, and also in what book and page and under what number the same is entered and registered. And he must sign such certificate.

The memorial remains among the records of the registry office and forms part thereof.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 14, cité sur art. 2136 et *St. de Québec*, 31 V., ch. 2, s. 6, cité sur art. 2135.

St. de Québec, 47 *Vict.*, *ch.* 13, *s.* 5. } Au cas d'inscription par bordereau en double, fait devant notaire ou deux témoins, il en reste un au bureau, le certificat, s'il est demandé, est apposé au pied de l'autre, et remis au requérant sans qu'il soit besoin d'en faire mention sur le titre ou l'extrait.

2146. Toute demande ou bordereau pour la conservation d'intérêts ou arrérages de rente doit en indiquer le montant ainsi que le titre en vertu duquel ils sont dûs, [et être accompagnée d'une déposition sous serment du créancier que le montant en est dû.]

2146. Every claim or memorial for the preservation of interest or of arrears of rent must specify the amount thereof and the title under which they are due, [and be accompanied by the affidavit of the creditor that such amount is due.]

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 37-38, cités sur art. 2122.

2147. Les dispositions de cette section s'appliquent au besoin également à tout document ou titre qui n'affecte pas les immeubles, mais dont l'enregistrement est requis par quelque loi spéciale, à moins de dispositions contraires.

2147. The provisions of this section apply if necessary to any documents or titles which do not affect immoveables, but the registration of which is required by some special law, unless it be otherwise provided.

[ARTICLE 2148.]

St. de Québec, 47 *Vict.*, *ch.* 13, *s.* 6. } Les avis, déclarations et bordereaux mentionnés aux articles 2026, 2098, 2106, 2107, 2111, 2115, 2116, 2120, 2121, 2125, 2131, 2132, 2133, 2146, 2161, 2168 et 2172, peuvent être donnés soit sous seing privé, soit par acte notarié, portant minute ou en brevet.

Ces avis ou un double lorsqu'ils sont en brevet ou sous seing privé doivent demeurer chez le régistrateur.

Le certificat d'enregistrement n'est point requis sur ces avis mais il peut être demandé par les intéressés.

CHAPITRE CINQUIÈME.

DE LA RADIATION DE L'ENREGISTREMENT DES DROITS RÉELS.

2148. L'enregistrement d'un droit réel, ou le renouvellement, est rayé du consentement des parties, ou en vertu d'un jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée.

La quittance d'une créance comporte un consentement à la radiation.

Tout notaire qui passe une quittance totale ou partielle d'hypothèque, est tenu de la faire enregistrer au bureau auquel il appartient, suivant les dispositions contenues dans l'acte des 27 et 28 Vict. chap. 40.

Le créancier est tenu

CHAPTER FIFTH.

OF THE CANCELLING OF REGISTRATION OF REAL RIGHTS.

2148. The registration of real rights, or the renewal thereof, may be cancelled with the consent of the parties, or in virtue of a judgment from which there is no appeal, or which has become final.

The acquittance of a debt implies a consent to its being cancelled.

Any notary who executes a total or partial discharge of a hypothec, is bound to cause the same to be registered in the proper division, according to the statute 27th and 28th Vict. ch. 40.

The creditor is bound

de voir à ce que la quittance soit enregistrée et est responsable de tous frais qui peuvent résulter du défaut d'enregistrement, et il ne peut être tenu de donner la quittance, s'il ne lui est mis en main une somme suffisante pour acquitter les frais d'enregistrement et de transmission.

to see that the discharge is registered, and is responsible for any costs that may be incurred in consequence of non-registration, and he cannot be compelled to grant a discharge, unless a sufficient sum is placed in his hands to pay for the registration and transmission.

---

* *C. N.* 2158. } Dans l'un et l'autre cas, ceux qui requièrent la radiation déposent au bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique portant consentement, ou celle du jugement.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 42-3. } 42. Chaque fois qu'une personne se prétendant créancier aura fait enregistrer contre les biens de son prétendu débiteur, tout droit, privilége ou hypothèque qu'elle réclame, et que le titre sur lequel ce droit, privilége ou hypothèque est fondé, ne confère en loi aucun tel privilége ou hypothèque, ou est nul en loi, ou éteint et acquitté ; ou que le privilége ou hypothèque a été effacé par les voies légales,—et que tel créancier, après en avoir été dûment requis, refuse de consentir à la radiation de l'enregistrement de ce titre contre les biens de tel débiteur, ce dernier pourra alors, par voie d'action, demander que le titre ainsi enregistré soit déclaré nul, et ne conférer aucun privilége ou hypothèque sur les biens du demandeur, ou nul et acquitté, ou effacé par les voies légales, et que l'enregistrement y relatif soit rayé des régistres ; et sur preuve suffisante des allégations de la déclaration, la

cour accordera les conclusions du demandeur avec dépens contre le défendeur, tant ceux de l'action que ceux qui seront encourus pour obtenir la radiation :

2. Une copie authentique du jugement, ordonnant la radiation, sera signifiée en la manière ordinaire au défendeur, à son domicile. 16 V. c. 206, s. 1.

43. Le régistrateur dans le bureau duquel tel enregistrement sera fait, sur production à lui faite d'une copie authentique du jugement ordonnant la radiation du dit enregistrement, et d'un certificat constatant que le délai pour interjeter appel du jugement est expiré, procèdera à la radiation de tel enregistrement en la manière prescrite pour la radiation des hypothèques acquittées ou payées, et ce, sous les peines portées par cet acte. 16 V. c. 206, s. 2.

St. de Québec, 33 *Vict.*, (1870), *ch.* 16, *s.* 11. } Les articles 2148, 2152 et 2153 du code civil s'appliqueront à l'enregistrement de tout jugement rendu en vertu du présent acte et à la radiation de l'enregistrement de tout acte de vente déclaré nul par tel jugement, mais l'article 2154 ne s'appliquera pas, si en vertu de la section 2 du présent acte, l'acheteur a reçu avis en la manière prescrite par l'article 68 du code de procédure civile.

St. de Québec, 42-43 *Vict.*, (1879) *ch.* 27. } Whereas doubt have arisen as to the validity of cancellation of registration of real rights, effected without registration at length or by memorial of the deeds in virtue of which such cancellations have been or may be made ; Therefore, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Legislature of Quebec, declares and enacts as follows :

1. The cancellation of the registration of real rights has been legally done in the past, and shall be legally done in the future, by simply presenting and depositing in the registration office to which it appartains, to remain among

the archives and form part thereof, documents or authentic copies or extracts from documents, as the case may be, authorizing the cancellation, and by the mention in the margin of the registration of the document creating or showing such cancelled rights of such document thus presented and deposited

2. This act shall not affect pending cases, and shall come into force on the day of its sanction.

---

2 *Revue Légale, p.* 608 *C. S. Ste. Scholastique,* 1870, *Berthelo J., Globensky et Daoust.* } JUGÉ :—1o. Qu'un créancier hypothécaire, colloqué pour plus qu'il ne lui reste dû sur sa créance originaire, (*le surplus lui ayant été payé en vertu d'un jugement de distribution précédent*) ne peut être condamné aux frais de contestation soulevée par un créancier postérieur, lorsque ce créancier colloqué a produit au greffe après la contestation, une déclaration de la balance lui restant dûe

2o. Que la contestation sera maintenue sans frais contre le créancier ainsi colloqué, et que le projet de jugement de distribution en conséquence réformé.

3o. Que l'art. 2148 du Code Civil ne s'applique pas au actuel.

Le demandeur contestant alléguait dans sa contestation

Qu'il contestait le 3e item du projet de jugement de distribution colloquant Messire Moreau, pour la somme de $610.84 à compte de celle de £220, mentionné au certificat du Régistrateur, et qui paraissait lui être dûe en vertu d'une obligation à lui consentie par le défendeur, avec intérêt, le 25 janvier 1860, L. A. Moreau, Notaire, moins cependant $503.93 qui restaient réellement dûes au dit Messire Moreau.

Que le 23 novembre dernier, (1869) deux terres appartenant au défendeur, et hypothéquées en faveur de Messire Moreau, avaient été vendues par le Shériff ; qu'à cette époque Messire Moreau n'avait droit qu'à deux ans dix mois d'intérêt ; ce qui lui faisait en tout une créance de $1029.60. Que sur le produit de cette vente, il aurait été colloqué pour $540.34 ; de sorte qu'il ne lui restait dû alors que $489.26, que les

intérêts calculés sur cette somme, depuis le 23 novembre au 23 mai dernier (1870,) jour de la vente d'une autre propriété appartenant au défendeur, et sur laquelle le dit Messire Moreau avait aussi hypothèque, s'élevaient à $14.67, ce qui formait un total de $503.93 que le dit Messire Moreau avait droit de toucher avant le demandeur.

Que la collocation de Messire Moreau devait-être réduite à la dite somme de $503.93.

Que le demandeur, créancier utilement inscrit au Bureau des hypothèques, avait intérêt à soulever cette contestation.

Il concluait simplement à ce que sa contestation fut déclarée bonne et valable : à ce que la collocation de Messire Moreau fut réduite à $503.93, le tout avec frais contre Messire Moreau.

Cette contestation fut signifiée et produite au greffe le 28 juin dernier (1870).

Le 5 juillet aussi dernier, Messire Moreau, par l'entremise de son avocat, produisit au Greffe une déclaration qu'il ne lui restait dû que $503.65.

Le 10 octobre courant, le demandeur inscrivit la contestation sur le rôle pour audition, conformément à l'art. 744 du Code de Procédure.

A l'argument, M. Champagne, pour le demandeur, prétendit que Messire Moreau devait être condamné au paiement des frais de contestation, parce qu'il n'avait filé sa déclaration qu'après la contestation du demandeur.

Que d'après la loi d'enregistrement, et nommément l'art. 2148 du Code Civil, tout créancier est tenu de faire enregistrer toute quittance totale ou partielle d'hypothèque, sous peine de tous frais qui peuvent résulter du défaut d'enregistrement. M. Filion, pour Messire Moreau, dit que cette déclaration avait été produite au greffe conformément à l'art. 751 du Code de Procédure, que son client ne s'opposait point à la contestation, et que, suivant l'art. 745 du Code, les frais de contestation devaient être pris sur les deniers prélevés.

Voici le jugement intervenu sur cette contestation.

La Cour après avoir entendu le dit demandeur et contestant, sur la contestation par lui soulevée à l'encontre de la troisième collocation du projet de jugement de distribution, fait et rapporté le 18 juin 1870, par le Protonotaire de cette Cour ; et vû la déclaration du 5 juillet dernier, de la part du dit créancier colloqué Messire H. Moreau, a maintenu la dite contestation, et a ordonné que la dite troisième collocation soit réduite à la somme de $503.65, avec en outre $2.00 pour la collocation, et que le surplus soit accordé au dit contestant, sans frais contre le dit Messire H. Moreau créancier colloqué ; et que le projet de jugement de distribution soit en conséquence réformé à cet effet.

2149. Si la radiation n'est pas consentie, elle peut être demandée au tribunal compétent par le débiteur, le tiers détenteur, le créancier hypothécaire subséquent, la caution et par toute partie intéressée, avec dommages-intérêts dans les cas où ils peuvent être dus.

2149. If the cancelling be not consented to, it may be demanded from the proper court by the debtor or other holder, by any subsequent hypothecary creditor, by a surety, or by any party interested, together with whatever damages may be due.

---

* *C. N.* 2159. } La radiation non consentie est demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, si ce n'est lorsque cette inscription a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou indéterminée, sur l'exécution ou liquidation de laquelle le débiteur et le créancier prétendu sont en instance ou doivent être jugés dans un autre tribunal ; auquel cas la demande en radiation doit y être portée ou renvoyée.

Cependant la convention faite par le créancier et le débiteur, de porter, en cas de contestation, la demande à un tribunal qu'ils auraient désigné, recevra son exécution entre eux.

Voy. 25 Vict. (1862), ch. 11, s. 1, cité sur art. 2146, et Sts. R. B. C., cités sur art. 2148.

---

19 *Low. C. Jurist, p.* 90, *C. d'appel, M.*, 1874. } *Robert et Macdonald.* } HELD: In the case of an assignment with the consent of the mortgagor of a mortgage, containing a covenant by the assignor to transfer to the assignee as collateral security a policy of insurance then held by the assignor on the buildings existiug on the property mortgaged, that the failure by the assignee to seccure such transfer, and the consequent reception by the assignor of the insurance money under the policy, would not entitle the mortgagor to claim from the assignee the discharge of the mortgage.

This was an appeal from a judgment rendered by the Superior Court at Montreal, (MACKAY, J.,) on the 30th of September, 1873, dismissing the appellants' action.

The action was brought, as well against the respondent as against one Frances A. Bunker, wife of one Benjamin L. Gowan, and the said Gowan, as her husband.

The declaration alleged, that under a certain deed of exchange executed between the appellants and Mrs. Gowan, on the 6th of October, 1870, of certain real property therein described, the appellants undertook to pay Mrs. Gowan in money the sum of $2,500 by instalments as therein stipulated. That by the said deed the appellants agreed to insure the buildings on the property they acquired from Mrs. Gowan for $3,000, and to assign the policy to Mrs. Gowan as collateral security for their obligations under the deed; subject to the understanding that Mrs. Gowan, in case of destruction of the buildings by fire, should have no right to receive the insurance money, unless the appellants should decide not to rebuilt or should not rebuilt.

That the buildings were accordingly insured in the "London Assurance Co.", on the 14th of October, 1870, for $3,000, and the policy transferred to Mrs. Gowan on the 27th of April, 1871, and that the appellants kept the policy in force, by paying the annual premiums.

That on the 4th of May, 1871, Mrs. Gowan, by deed of transfer executed on that day, assigned $2,000 of her said *bailleur de fonds* claim to the respondent, and that the appellants intervened in the deed and obliged themselves to pay the money to the respondent.

That by said deed of transfer, Mrs. Gowan obliged herself to transfer to the respondent, as collateral security, the policy of insurance she then held.

That on the 13th of August 1872, the buildings in question were entirely destroyed by fire.

The declaration then alleged as follows:

" Que par suite de la négligence apportée par le dit Edouard Macdonald à se faire transporter la police d'assurance effectuée par le dit demandeur et par lui transportée comme ci-dessus à la dite Dame Gowan, cette dernière, au mépris et en violation des stipulations contenues au dit acte d'échange, aurait fait usage de la dite police pour s'en payer le montant par la dite compagnie d'assurance, et que de fait en fraude des droits des demandeurs et du dit Edouard Macdonald, elle aurait obtenu dans le cours du mois d'Octobre dernier, de la dite compagnie, "The London Assurance Corporation", la dite somme de trois mille piastres, qu'elle aurait constamment refusé de remettre aux dits demandeurs, quoique requise."

" Que les dits demandeurs auraient non-seulement intimé leur intention de rebâtir les bâtisses détruites par le feu, mais qu'ils auraient effectivement reconstruit les dites bâtisses qui sont presque terminées."

The conclusions were to the effect, that Mrs. Gowan should be condemned to pay the $3,000 to the appellants, and that, on the return to the execution to be issued in the case that

she had no effects or property to satisfy the amount, the respondent should be condemned to grant to the appellants *main levée* of the registration by him of the deed of transfer before mentioned.

The respondent pleaded as follows:

"The said defendant, Edward MacDonald, protesting that no action in law could or can lie against him, for all or any of the reasons alleged and set forth in the plaintiffs' declaration in this cause fyled, for plea, nevertheless, to the declaration and action of said plaintiffs, saith, that he was not and is not guilty, in manner and form as alleged in said declaration, and that all and every the allegations, matters and things in the said declaration set forth and contained, except those which exactly correspond with the allegations contained in the authentic documents fyled in this cause, are false, untrue and unfounded in fact, and the said defendant hereby expressly denies the same and each and every thereof."

The following was the judgment of the Superior Court:—

"The Court, having heard the plaintiffs and the defendant, Edward Macdonald, by their Counsel respectively, upon the merits *de novo* of this cause, that is to say upon that portion of said cause reserved by the judgment of this Court, rendered on the 30th of June, 1873, concerning said Macdonald; having examined the record and proceedings had in the said cause and duly deliberated: Considering that defendant Macdonald is in no way bound or liable as contended for by plaintiffs, and never contracted with or towards the said plaintiffs, and is not bound to give *main levée* of his hypothec or registration as prayed, doth dismiss said plaintiffs' action as to said Macdonald with costs."

Doutre, Q. C., assigned the following reasons why the judgment should be reversed, and cited the following authorities in support:—

Les appelants fondent leur demande contre l'intimé sur les Arts. 2148, 2149, 2150, 2152, 2153, 2154 du *Code Civil.* Elle a

pour objet d'obtenir la radiation forcée de l'hypothèque qui existe sur sa propriété pour la somme de $2,000 acquittée par l'argent payée par l'assurance. L'intimé représente la Dame Gowan, en vertu de son transport,— de plus c'est à son nom et à son profit que l'hypothèque est maintenant inscrite au Bureau d'Enregistrement. L'acceptation du transport n'a pas d'autre valeur légale que la signification qui aurait été faite aux appelants de ce même transport, s'ils ne l'eussent pas accepté.

Ainsi jugé par cette Cour d'Appel *in re.*

Quintin dit Dubois et Butterfield, 15 L. C. R., p. 488 ; *Code Napoléon*, Art. 2160, 1166, 1383 : Troplong, *Priv. et Hyp.* No. 746 ; *C. C.* Art. 1174, 1177, 1053.

La négligence, portée à la charge de l'intimé, n'était pas un élément nécessaire, pour obtenir les conclusions qui le concernaient. L'allégation de cette négligence était surrérogatoire, mais elle ajoute l'équité à la loi.

Dans la cause de Dorion et Doutre, 3 *L. C. Law Journal*, p. 119, et 15 L. C. R., p. 110, il y a un cas de négligence beaucoup moins grave que dans le cas actuel, qui a donné lieu à un jugement de cette Cour d'appel, dans le sens des appelants.

Sourdat, *Responsabilité*, Nos. 442, 668 ; *Code de la Louisiane*, Art. 1924, 1925, 1927.

Les appelants considèrent que leurs prétentions sont appuyées par des textes de loi clairs et précis et qu'elles sont de plus soutenus par la plus évidente équité. Aussi ont-ils foi dans l'infirmation du jugement de première instance.

Bethune, Q. C., in reply :—

As to the case of Dorion and Doutre, there is really no analogy between it and the present case. It would appear, that Dorion was the *caution* towards Doutre, that one Richard would pay a sum of $400 which had been assigned by a Madame Dorion to Doutre, and that, in consequence of Doutre's neglect to signify his transfer, Richard had paid the $400 to Madame Dorion, who failed to pay over the amount

to Doutre. In an action against Madame Dorion and the *caution* Dorion to recover these $400, the Court of Appeal held that Dorion was not liable, under the circumstances,— because, as stated in the judgment,—" en conséquence de tel défaut de signification le dit Pierre Doutre a, par sa faute et négligence, perdu son recours contre le dit Richard, *et s'est mis par là dans l'impossibilité de céder ses droits et actions à l'appelant* V. P. Dorion, *qui est déchargé de sa responsabilité comme caution.*" Besides these reasons, one might add, that Dorion's *cautionnement* was nothing more than a guarantee of the solvency of Richard, and Richard having paid to the person legally entitled to discharge him at the time, the guarantee was at an end. It is clear, therefore, that this case is in no way analogous to the present one.

Then as to the citation from Sourdat. After criticizing certain remarks of Toullier, Sourdat sums up the whole matter, thus: —" C'est donc *seulement* lorsqu'il y a *devoir* pour une personne d'empêcher le fait nuisible commis par un tiers, *c'est-à-dire quand l'obligation lui est imposée par une loi ou par un contrat* qu'il y a de sa part *faute d'omission et responsabilité* du fait dommageable."

This statement of the law on this subject is precisely what the respondent assents to. He was under no obligation, imposed on him by law or resulting from any contract with the appellants, to secure a complete transfer to him of the policy in question. Mrs. Gowan, it is true, agreed to assign the policy to the respondent, as collateral security, should he deem it necessary. Being quite satisfied with his *bailleur de fonds* security, he never exacted any such collateral security. There being no contract, howerer, (either expressed or implied), on the subject *between the respondent and the appellants*, how can it be argued, that the respondent was under legal obligations towards the appellants to secure an actual transfer to him of the obligation ?—There was of course no such obligation, and there being none, no kind of responsibility attached to the respondent for what happened.

If it were necessary, however, to show by whose *negligence* the insurance money was lost to the appellants, the record sufficiently establishes that the loss was really attributable to the neglect of the appellants themselves.

It is quite clear that from the beginning the appellants were content to run the risk of leaving the policy in the hands of Mrs. Gowan, otherwise they would have insisted on its actual assignment and delivery to the respondent, before signing, as they did, the deed of transfer of the *bailleur de fonds* claim, in which they promised to pay the debt assigned to the respondent, and in which Mrs. Gowan simply agreed with the respondent to transfer the policy to him, as collateral security.

Then again, when the appellants renewed or continued the policy for another year, by paying the premiums on the 14th of october, 1871,—(*about* 6 *month after the execution of the said deed of transfer*,)—they did not *even then*, insist on the policy being actually assigned and delivered to the respondent, but were satisfied simply to renew or continue the policy *in its then state*, namely, assigned to and in the possession of Mrs. Gowan. Had not the policy been thus renewed or continued, it would have lapsed, and the appellants could then have taken out a new policy, either in their own names simply, or for the benefit of the respondent. In other words, when the 14th of October, 1871, arrived, the appellants had the most absolute control of the situation, and were free to act as they pleased with regard to the insurance of their property. By acting as they did, therefore, they indubitably consented to leave the policy under the control of Mrs. Gowan for another year, namely, until the 14th October, 1872.

The buildings insured were in the meantime,— namely, on the 13th of August, 1872, — destroyed by fire. But *even then*, it was in the power of the appellants to have prevented Mrs. Gowan, if they had lost confidence in her integrity, from receiving the amount from the Insurance Company, by

notifying them of the express agreement as to rebuilding, which subsisted between the appellants and Mrs. Gowan, and which, in reality *controlled* any right she might attempt to exercise under the transfer she held of the policy. It was, moreover, competent to the appellants to have notified the Insurance Company, that in consequence of the assignment by Mrs. Gowan to the respondent of the *debt*, for the security whereof the policy had been originally assigned to her by the appellants, *she had ceased to have any insurable interest whatever* in the property insured.

No one can doubt that a notarial notification and protest, based on these two considerations, would have prevented the possibility of Mrs. Gowan receiving the money from the Insurance Company.

Instead of thus protecting their own interest, it is in evidence that Léandre Robert, one of the appellants and the husband of the other appellant, *actually aided Mrs. Gowan*, to obtain the money under the policy from the Insurance Company, by accompanying her to the Insurance office, *and signing with her one of the duplicate receipts* for the money; the respondent only arriving on the scene *after* the money had ,een paid over to Mrs. Gowan.

Under all these circumstances it is submitted, that there no kind of justification for the present appeal.

Dorion Ch. J.: — (after stating the facts) said, that the judges were all agreed that there was no obligation on the part of Macdonald to compel a transfer to him of the policy of insurance, and that no *lien de droit* in that respect existed between him and Robert. He also drew attention to the point, that the signing of the transfer by the debtor amounts in law to something more than the signification on him of the transfer, as is shown by Art. 1192 of the Civil Code as regards compensation. And, as to the charge of negligence, he remarked that the signing by Robert of one of the receipts, which aided Mrs. Gowan to draw the money as she did, was rather indicative of negligence on his part, so that

he may be regarded as being guilty at least of contributory negligence. On the whole the Court were of opinion to confirm the judgment.

Judgment of S. C. confirmed.

De Bellefeuille, sur art. 2149. } Le 30 sept. 1866, l'appelant épousa Hermine Emond et stipula séparation de biens, exclusion de communauté et une rente viagère de £60 par année. Le contrat fut enregistré le 6 mai 1867. Le 25 août 1876, Hermine Emond fit enregistrer un avis intimant au régistrateur que 41 lots de terre appartenant à l'appelant étaient affectés pour sûreté des droits et de la rente stipulés en son contrat de mariage, dont elle a produit copie avec son avis. L'appelant ayant appris que cet avis avait été enregistré, a demandé un *Mandamus* contre le régistrateur pour lui faire radier cet enregistrement. Il n'a pas notifié sa femme et la cour inférieure a renvoyé le *Mandamus :* 1° parce que le *Mandamus* n'était pas le procédé approprié ; 2° parce qu'il n'avait pas assigné sa femme. Jugement confirmé.— Robert & Ryland, M., 22 mars 1877.

2150. La radiation doit être ordonnée lorsque l'enregistrement ou le renouvellement a été fait sans droit ou irrégulièrement, ou sur un titre nul ou informe, ou lorsque le droit enregistré est annulé, résilié ou éteint par prescription ou de toute autre manière.

2150. The cancelling is ordered when the registration, or the renewal, has been effected without right or irregularly, or upon a void or informal title, or when the right registered has been annulled, rescinded or extinguished by prescription or otherwise.

[ARTICLE 2150.]

* *C. N.* 2160. } La radiation doit être ordonnée par les tribunaux, lorsque l'inscription a été faite sans être fondée, ni sur la loi, ni sur un titre, ou lorsqu'elle l'a été en vertu d'un titre, soit irrégulier, soit éteint ou soldé, ou lorsque les droits de privilége ou d'hypothèque sont effacés par les voies légales.

Voy. autorités sur arts. 2148-2149.

---

8 *Legal News*, *p.* 219, *C. S.*, *Sherbrooke*, 1885. *Brooks*, *J.*, *Banque Nationale et Eastern Township Bank.* } PER CURIAM. This is an action to compel radiation of a pretended hypothec created by the registration of defendant's judgment against one W. W. Beckett for $29,202.72, interest and costs, alleging that said W. W. Beckett is indebted to plaintiffs in the sum of $33,000 for a note given them, and was so indebted in November last. That on the 19th November last (1884), being insolvent, he made a transfer of his property to one Darling for the benefit of his creditors; that they, plaintiffs, had then sued him, their action being returned on the 6th of December; that on the 11th of December defendants also sued him for their debt (29,200) and on the 12th of December obtained judgment upon their confession, and registered this judgment against the property mentioned in the return; that this was done to obtain an undue preference, and they seek its radiation on the ground that it gave no preferential hypothecary claim to defendants.

The defendants have not pleaded, but content themselves with stating at the argument that, under Art. 2023, C. C., if Beckett were insolvent no hypothec was acquired by the registration of their judgment, but that they, defendants, had a right to enregister; the plaintiffs cannot now ask its radiation; they are premature; they should have waited; and if defendants sought to obtain an advantage, then they

must contest, and defendants were not bound to radiate on a notarial demand.

Articles 2148 and 2149, C. C., do not apply. What is registration? It is a claim of hypothec. Articles 2026, C. C., *et seq.*, declare that legal hypothecs only affect properties mentioned in notice. (Notice in Consolidated Statutes, p. 388.) This notice must be given by defendants. That is, they ask that the property described may become bound and affected by the general hypothec under their judgment.

The facts are undisputed. Beckett was insolvent; he was sued by the plaintiffs for a large amount, some $33,000. He made an assignment on November 19th, declaring himself insolvent. The defendants sued him on the 11th, and on the 12th, on his own confession, judgment was rendered and registered by defendant asking preference by judicial hypothec. The plaintiffs complain of this, and ask that the pretended hypothec should be radiated.

The codifiers have not changed the law from what it was under chapter 27 of the Consolidated Statutes. They say (page 62, vol. 3) that they have added a few articles and suggested a few amendments; that it was on this article only they deemed it necessary to offer any special remarks. They do not refer to this case, but to the Articles 2148-49 and section 42 of chapter 37 Consolidated Statutes of Lower Canada, and Article 2159 Code Napoléon.

By chapter 37, C. S. L. C., section 42, the right of action seems to be limited to the debtor, but our code says it may be urged by any party interested.

The defendants claim a mortgage. The plaintiffs say: "You have none, but your claim is prejudicial to us; cancel it." The defendants say they had a right to enregister. What does this mean? That they had a right to a mortgage on the realty. Is this true? It is not. Their claim is that of a mortgage created by them by registering a judicial hypothec which does not exist. They had no right to it. But they say: "You cannot now claim radiation." (See 31 Lau-

rent, p. 149, sec. 174, pp. 154-5, sec. 179, pp. 157 and 182 ; *La Banque Jacques Cartier* v. *Ogilvie*, 19 L. C. J., p. 100, Court of Queen's Bench, 1874.)

The defendants say that registration was not effected without right or irregularly. It had no effect. Their claim as a judicial hypothec is unfounded. The demand of radiation was made and it was not consented to, and the plaintiffs are entitled to have it done.

Judgment for the plaintiffs declaring the pretended hypothec radiated, and that defendants should pay costs of certificate of registration and costs of protest, &c.

---

26 *L. C. Jurist. p.* 126, *C. S. M.* 1881, *Jetté, J., Daigneault et Demers.* } HELD : — That a person who improvidently registers a claim against an immoveable property, without having a legal right so to do, is liable to the registered owner of such property for all damages caused by such improvident registration, and the owner of the property has a right of action to cause the entry in the books of the registrar to be cancelled.

The facts and pleadings are fully disclosed in the judgment of the Court, which was worded as follows :

" La Cour * * * * Attendu que par acte de vente à lui consenti le vingt-et-un octobre 1879, par Charles Daigneault, son père, et Dame Henriette Lamoureux, sa mère, le demandeur a acquis pour bonne cause et valeur l'immeuble ci-après décrit savoir : " une terre située dans la paroisse de Boucherville, au sixième rang contenant environ cent cinq arpents en superficie avec une maison, grange, étable et autres bâtiments dessus construits, le dit immeuble connu et désigné sous le No. 259 sur le plan et au livre de renvois officiels de la dite paroisse de Boucherville faits pour les fins d'enregistrement, conformément à la loi ; "

Attendu que le dit acte a été ensuite, savoir, le 29 octobre 1879, duement enregistré au Bureau d'enregistrement du Comté de Chambly, dans la circonscription duquel se trouve situé le dit immeuble ;

Attendu que le ou vers le 14 août, 1880, le défendeur a fait enregistrer au dit bureau un avis constatant que le dit immeuble était hypothéqué en vertu d'un acte d'échange passé le 16 août 1852, entre Antoine Lamoureux, père, et Charles Daigneault, au paiement d'une somme de dix sept cent quatorze livres et six sols, ancien cours, due à Lucie, Antoine, Alfred, Célina, Elmire et Mathilde Lamoureux, et dont s'était chargé le dit Charles Daigneault par cet acte d'échange ;

Attendu que le demandeur se plaint de cet enregistrement fait à la demande du défendeur, alléguant que n'ayant été fait qu'après que le demandeur fut devenu propriétaire duement enregistré de la dite terre, il ne pouvait légalement affecter le dit immeuble, mais que néanmoins il a eu pour effet de nuire considérablement au demandeur en faisant manquer un premier emprunt avantageux que le demandeur avait conclu pour liquider les hypothèques grevant la dite terre, l'obligeant d'en contracter un second à des conditions beaucoup plus onéreuses, l'exposant à des dépenses considérables pour frais de voyages, consultations et autres déboursés et qu'il conclut : 1. à ce que le dit enregistrement soit déclaré nul et illégal et qu'ordre soit donné au régistrateur de le radier et annuler ; 2. à ce que le défendeur soit condamné à lui payer la somme de cinq cents piastres pour les dommages lui résultant du dit enregistrement que le défendeur a persisté à maintenir nonobstant les fréquentes réquisitions et mises en demeure à lui faites de le faire disparaître ;

Attendu que le défendeur a plaidé à cette action disant en substance ;

1. Qu'il a épousé une des héritières Lamoureux à qui revient un sixième de la dite somme de dix-sept cent quatorze livres et six sols en vertu de l'acte d'échange sus-mentionné, et que par transport du dix-huit septembre 1877, il a acquis en son nom personnel un autre sixième de la dite somme, d'un autre des dits héritiers Lamoureux, en sorte qu'il est intéressé dans la dite créance et était en droit de la

faire enregistrer ; et qu'en conséquence l'action du demandeur est mal fondée, et que d'ailleurs elle ne pouvait être portée que contre tous les intéressés au dit enregistrement ;

2. Que la vente du 21 octobre 1879, invoquée par le demandeur, est d'ailleurs simulée et frauduleuse et n'a été consentie que pour frauder les ayants droit à la dite somme de dix-sept cent quatorze livres et six sols ; et que par suite le demandeur ne peut l'invoquer contre lui défendeur qui est bien fondé à en demander l'annulation ;

Considérant qu'il n'a pas été prouvé que la vente du 21 octobre 1879 invoquée par le demandeur soit simulée, ni qu'elle ait été consentie en fraudes des droits que réclame le défendeur ;

Considérant qu'il résulte des admissions des parties que lors de la dite vente le délai pour le renouvellement des hypothèques et droits réels, dans le comté de Chambly, était expiré depuis longtemps ;

Considérant qu'il est établi par le certificat du régistrateur produit en cette cause, que l'enregistrement de l'acte d'échange établissant les droits que réclame le défendeur n'a pas été renouvelé en temps utile, que la vente du 21 octobre 1879 au demandeur au contraire, a été duement enregistrée dès le vingt neuf du même mois, et que tel enregistrement a par suite assuré au demandeur le plein et entier effet de la dite vente à l'encontre de tous autres intéressés ;

Considérant qu'après la dite vente du vingt-et-un octobre 1879, et son enregistrement, celui de l'acte d'échange du seize août 1852, ne pouvait être valablement et utilement renouvelé au détriment du demandeur sur l'immeuble susdécrit ;

Considérant en conséquence que le demandeur est bien fondé à se plaindre de l'avis de renouvellement de tel enregistrement du dit acte d'échange, que le défendeur a fait inscrire sur le dit immeuble sus-décrit, lequel avis est dans les termes suivants, savoir :—

Enregistré 14 août 1880.

Un avis exécuté devant M. Brais N. P., le 14 août 1880, par Etienne Demers, constatant que d'un acte d'échange intervenu entre Antoine Lamoureux père et uxor et Charles Daigneault et uxor, daté du seize août 1852. Ls. Lacoste et confrère N. P., enregistré sous numéro 3544, il est résulté les droits réels et hypothèques privilégiés suivants, savoir une créance et hypothèque privilégiée au montant de mil sept cent quatorze livres et six sols, ancien cours, représentant les six septièmes de la somme de deux mille livres, dit cours, mentionnés payables à Lucie, Antoine, Alfred, Célina, Elmire, et Mathilde Lamoureux au terme du dit acte d'échange, dans le courant de l'année du décès de Antoine Lamoureux, père, avec intérêt de cette dernière date, constatant de plus que l'immeuble sujet aux dits droits réels et hypothèques est connu sous No 259 sur le plan officiel de la paroisse de Boucherville, en la possession actuelle de Ferdinand Lamoureux, le dit avis fait conformément aux articles 2131 et 2172 du Code Civil, donné à Longueuil ce vingt août 1880. *Vide* les articles 2172 et 2173 du Code Civil.

Considérant néanmoins que l'enregistrement du dit avis, bien que requis par le défendeur seul, intéresse d'autres personnes qui ne sont pas en cause et sur les droits desquelles le tribunal ne peut prononcer sans les avoir entendues ;

Considérant enfin qu'il est établi en preuve que par le fait de l'enregistrement illégal du dit avis sur la demande du défendeur, le demandeur a souffert des dommages à raison des faits énumérés en sa déclaration, s'élevant à la somme de $240.30 ;

Renvoie les défenses du défendeur, déclare l'enregistrement du dit avis suscité illégal et irrégulier et en donne la radiation et annulation pour autant que le défendeur y est intéressé personnellement, savoir pour un sixième de la dite somme de mil sept cent quatorze livres et six sols, ancien cours, et condamne le défendeur à payer au demandeur la dite somme de $240.30, dommages par lui soufferts par les

faits du dit défendeur, avec intérêt du quatre septembre 1880, jour de l'assignation, et les dépens."

---

30 *L. C. J.*, *p.* 164, *C. de rév.*, *M.*, 1885.
Juges Johnson, Doherty et Mathieu.
Lavallée et Paul.

JUGÉ :— Que le cautionnement judiciaire doit être pour une somme fixe de deniers (art. 2034 C. C.)

Que le cautionnement judiciaire, dans l'instance, ayant été enregistré sur les immeubles du demandeur, ce dernier a droit de demander la radiation de la dite hypothèque, (art. 2150 C. C.)

Le demandeur s'était porté caution pour un nommé Alfred Charland, pour les fins d'un appel que ce dernier portait à la Cour du Banc de la Reine, d'un jugement rendu contre lui, en Cour Supérieure à la poursuite du défendeur en cette cause.

Le cautionnement est dans les termes les plus généraux. Aux exigences de la loi, le demandeur et sa caution conjointe s'obligèrent à répondre généralement à la condamnation qui serait portée contre l'appelant par la Cour d'Appel. Ce cautionnement n'indique pas le montant pour lequel les cautions se rendaient responsables. Le défendeur en cette cause, prétendant que ce cautionnement comporte une obligation ayant l'effet de lui donner hypothèque en l'enregistrant au bureau d'enregistrement du comté de Richelieu, l'a fait enregistrer avec un avis au régistrateur, déclarant que les propriétés immobilières du demandeur, désignées dans l'avis se trouvaient généralement affectées et hypothéquées, en sa faveur, par l'enregistrement de ce cautionnement. Cet avis n'indique pas le montant de l'hypothèque. Le demandeur, voulant transiger sur ses propriétés immobilières, a, alors connu l'enregistrement des pièces du défendeur et a, en même temps, constaté que tel enregistrement l'empêchait de disposer de ses propriétés. Il a requis le défendeur d'avoir à rayer ces inscriptions, ce que ce dernier a refusé de faire. Sur ce, le demandeur a porté la présente action, sous l'au-

torité de l'article 2150 du Code Civil ; et la prétention du demandeur à savoir : que l'enregistrement d'un cautionnement général, ne comportant pas l'obligation de payer un montant déterminé ne produit pas d'hypothèque en faveur de celui pour qui il est donné, a été maintenue par la Cour Inférieure. Il semble que cette prétention est indiscutable.

Le défendeur prétend avoir une hypothèque judiciaire par l'enregistrement du cautionnement général en question sous l'autorité de l'article 2034 du Code Civil, qui dit : " L'hypothèque résulte de tout acte de cautionnement reçu en justice, ou de tout autre acte ou procédure judiciaire, créant *l'obligation de payer une somme déterminée*, et est soumise aux règles contenues dans l'article 2026 " qui veut que cette hypothèque n'affecte que les immeubles décrits dans un avis requérant enregistrement. Or, le cautionnement en question en cette cause ne comporte pas l'obligation de payer une somme déterminée ; conséquemment, il n'en résulte pas d'hypothèque.

Autorités du demandeur : Articles 2034, 2150 du Code Civil Canadien ; Laurent, vol. 30, page 226, n° 248.

Son Honneur le juge Gill a maintenu l'action du demandeur intimé.

Sur appel à la Cour de Révision, ce jugement fut confirmé unanimement.

Jugement confirmé.

---

30 *L. C. J.*, *p.* 277, *C. de Rev.*, *M.* 1886.
Juges Torrance, Papineau, Jetté. Maisonneuve et Campeau.

Jugé :—1. Que l'engagement de payer une certaine somme d'argent aussitôt que le creancier aura valablement déchargé un immeuble d'une hypothèque qui le grevait en faveur d'un tiers, impose au dit créancier le devoir de faire radier l'inscription hypothécaire au bureau d'enregistrement, avant de poursuivre le paiement de la dite somme, lors même qu'il apparaîtrait que cette hypothèque serait valablement éteinte par la prescription ou autrement.

2. Que la dite inscription hypothécaire consistue un trouble de droit qui permet au débiteur, acquéreur du dit immeuble, de repousser l'ac-

tion du vendeur, quoiqu'il apparaisse *prima facie* que la dite obligation est éteinte par la prescription trentenaire ;

3. Que la prescription trentenaire, invoquée sous les circonstances, ne pouvait être définitivement décidée que contradictoirement avec le créancier de l'obligation, dûment mis en cause ; et qu'une personne ayant intérêt à invoquer la prescription d'une dette due par un tiers ne peut valablement le faire si cette question n'est pas débattue contradictoirement entre le créancier et le débiteur.

Voici comment s'exprime le jugement de première instance :

Attendu que le demandeur réclame du défendeur la somme de cent piastres, montant d'un billet promissoire fait à Sainte Marthe, le huit avril mil huit cent quatre-vingt-deux, signé par le défendeur, par lequel ce dernier aurait promis payer le premier novembre alors prochain mil huit cent quatre-vingt-deux pour valeur reçue, à l'ordre du demandeur, au dit lieu de Sainte Marthe, la dite somme de cent piastres " si alors l'obligation consentie en faveur de Owen McCabe sur le lot No. 13 sud Ste. Marie, dite paroisse de Sainte Marthe, était valablement déchargée, sinon aussitôt qu'elle le serait " le demandeur alléguant que la dite obligation a été valablement déchargée au désir du dit écrit.

Attendu que par ses défenses le défendeur allègue que la dite obligation consentie en faveur de Owen McCabe l'aurait été par acte passé le vingt-deux octobre mil huit cent cinquante-trois, devant Mtre. Olier, notaire, par lequel acte Charles Maisonneuve, l'auteur du demandeur, aurait constitué en faveur du dit McCabe, une rente annuelle et perpétuelle de trois louis, douze chelins au capital de soixante louis ancien cours, pour le paiement de laquelle rente et du capital d'icelle le dit immeuble sus-désigné aurait été spécialement affecté et hypothéqué ; que l'obligation et l'hypothèque susdites n'auraient jamais été éteintes ou déchargées, et subsisteraient encore, que le billet ou écrit qui fait la base de l'action n'aurait été consenti par le défendeur qu'en règlement de la balance du prix de vente stipulé en l'acte de vente de la même propriété consentie par le demandeur au défen-

deur le treize mars mil huit cent quatre-vingt-deux (Lefebvre notaire) avec garantie de droit, et que le défendeur craignant, comme il le craint encore, d'être troublé à raison de la dite hypothèque en faveur du dit McCabe, aurait exigé que le dit billet ne fut consenti qu'à la condition précitée ; concluant le dit défendeur à ce qu'il soit déclaré qu'il a le droit de différer le paiement du dit billet jusqu'à ce que le défendeur ait fait cesser la crainte du dit trouble ou fourni un cautionnement suffisant, et au débouté de l'action ;

Attendu que le demandeur a répondu aux dites défenses que lors de la confection du billet ou écrit qui fait la base de l'action l'obligation résultant de l'acte du vingt deux octobre mil huit cent cinquante-trois n'était pas encore prescrite mais qu'elle le serait devenue depuis le laps de trente années écoulées depuis la date du dit acte, et était virtuellement éteinte et déchargée par la prescription trentenaire lorsque l'action a été portée ;

Attendu que le défendeur a répliqué spécialement que la dite prescription ne saurait être invoquée qu'à l'encontre du créancier et non à l'encontre de l'acquéreur craignant d'être troublé, et de plus qu'elle aurait été interrompue par le paiement fait jusqu'à l'année mil huit cent cinquante-huit de la rente annuelle et perpétuelle crée par le dit acte du vingt-deux octobre mil huit cent cinquante-trois ;

Considérant qu'en fait le défendeur n'a pas établi en preuve l'interruption de prescription qu'il invoque, et que les paiements établis avoir été faits par l'auteur du demandeur ont été opérés entre les mains du seigneur propriétaire de la seigneurie dans la censive et mouvance de laquelle l'immeuble en question était situé, à compte d'une rente seigneuriale payable au dit seigneur lui-même et qui a été elle-même depuis établie et commuée par l'effet de la loi abolissant et commuant les droits seigneuriaux en cette province, et n'ont été nullement faits au dit McCabe ni à compte de la rente spéciale stipulée en sa faveur ;

Considérant que la prescription trentenaire de la dite rente

payable à Owen McCabe a été duement acquise avant l'institution de l'action, et que par conséquent la condition sous laquelle la somme de cent piastres était faite payable par l'écrit sus-mentionné a été accomplie ;

Considérant qu'en droit le demandeur pour réussir dans sa demande n'avait qu'à démontrer le fait de l'extinction et décharge complète de l'obligation et de l'hypothèque du nommé McCabe, sans avoir besoin de mettre ce dernier en cause ou de faire radier par jugement une hypothèque que la loi même déclare éteinte ; rejette les défenses et condamne le défendeur à payer au demandeur la dite somme de cent piastres avec intérêt à compter du deux juillet mil huit cent quatre-vingt-quatre, jour de l'assignation, et les dépens.

La Cour de Révision a renversé ce jugement, et voici la partie des considérants qui donnent les motifs de cette décision."

"Considérant qu'il y a erreur dans le jugement du dix d'avril mil huit cent quatre-vingt-six, prononcé par la cour en première instance qui a maintenu les prétentions du demandeur contenus tant dans la déclaration que dans ses réponses ;

"Considérant qu'il est établi, par le certificat du régistrateur du dit comté, que l'inscription de la dite obligation hypothécaire existe encore ; qu'elle n'est par conséquent pas valablement déchargée et que c'est une cause de crainte de trouble telle que le défendeur ne pourrait vendre sa propriété ni emprunter sur cette propriété sans la faire disparaître pour satisfaire ceux qui voudraient transiger avec lui, et que ce n'est pas à lui, mais au demandeur à en faire faire la radiation ;

"Considérant qu'il n'est pas prouvé que la condition du dit écrit sous seing privé ait été opposé seulement pour attendre l'échéance de la prescription, mais expressément afin d'avoir décharge de la dite obligation ;

"Considérant de plus que la prescription trentenaire invoqué par le demandeur ne peut être définitivement décidée

que contradictoirement avec le créancier de l'obligation, lequel n'est pas en cause ;

" La cour siégeant en révision renverse le dit jugement et procédant à rendre le jugement que la Cour Supérieure en première instance aurait dû rendre, déboute le demandeur de son action, quant à présent, avec dépens, tant en première instance qu'en révision."

Autorités citées par l'appelant pour démontrer que l'acheteur craignant d'être troublé a le droit de refuser le paiement jusqu'à ce que le vendeur ait fait prononcer la nullité des inscriptions hypothécaires contradictoirement avec les titulaires de ces inscriptions ; que la question de validité des hypothèques ne peut être décidée qu'avec les créanciers inscrits ; qu'il suffit qu'elles existent pour qu'il y ait pour l'acquéreur péril d'éviction.

Dalloz, verbo vente Nos. 1177, 1181, 1185, 1188, arrêt dans la note 1 sec. No. 1177.

Dalloz, verbo vente No. 1180.

Duvergier, de la vente t. 1 Nos. 424, 425.

Code Civil B. C., art. 2150.

Dict. du Notariat, *verbo* vente, Nos. 249, 263.

Troplong, vente No. 610.

Duranton, vol. 16, No. 352.

Teulet-Dauvilliers, art. 1653, Nos. 75, 76.

Laurent, vol. 24, No. 321.

Sirey C. N., art. 1653, Nos. 2, 5, 7, 38, dernière édition.

" " " Ed. de 1865, No. 4.

Jugement renversé.

2151. Le consentement à la radiation, la quittance ou certificat de libération, peuvent être en forme authentique ou sous seing-privé.

Lorsqu'ils sont sous

2151. The consent to the cancelling and the acquittance or certificate of discharge may be in authentic form or under private signature.

When under private si-

seing-privé, ils doivent être attestés par deux témoins, et ils ne peuvent être reçus par le régistrateur à moins qu'ils ne soient accompagnés d'une déposition par écrit d'un des deux témoins assermentée devant un des fonctionnaires mentionnés dans les articles 2141, 2142, 2143 et 2144, suivant le cas, et établissant que les deniers ont été payés en tout ou en partie, et que ce témoin a vu signer la quittance, le certificat de libération ou le consentement à la radiation, par la partie, qui l'a donnée.

La radiation de toute hypothèque en faveur de la Couronne peut être portée à la marge de l'enregistrement de telle hypothèque sur production d'une copie :

1. D'un ordre du gouverneur en conseil, certifié par le greffier du conseil exécutif ou son député ;

2. Ou d'un certificat du procureur général, ou du solliciteur général de Sa

gnature they must be attested by two witnesses, and cannot be received by the registrar unless they are accompanied by an affidavit of one of such witnesses sworn to before one of the fonctionaries mentioned in articles 2141, 2142, 2143 and 2144, as the case requires, and establishing that the money has been paid in whole or in part, and that such acquittance, certificate of discharge, or consent to the cancelling was signed in the presence of such witness by the party granting it.

The discharge of any hypothec in favor of the crown may be entered in the margin against the registry of such hypothec upon the production of a copy :

1. Of an order of the Governor in Council, certified by the clerk of the Executive Council or his deputy ;

2. Or of a certificate of Her Majesty's attorney-general or solicitor-ge-

Majesté pour le Bas Canada, énonçant que telle hypothèque est éteinte en tout ou en partie.

La radiation de l'hypothèque d'une rente viagère est faite en marge, sur production d'un extrait mortuaire de la personne sur la tête de laquelle la rente était établie, accompagné d'une déposition sous serment concernant l'identité de cette personne ; et cette déposition peut être reçue et certifiée par un des fonctionnaires mentionnés dans les articles 2141, 2142, 2143 et 2144, suivant le cas.

neral for Lower Canada, stating that such hypothec is discharged in whole or in part.

The discharge of any hypothec securing a life-rent is entered on the margin upon production of the certificate of death of the person on whose life the rent is created, accompanied by an affidavit identifying such person, and such affidavit may be received and certified by one of the functionaries mentioned in articles 2141, 2142, 2143 and 2144, as the case requires.

---

* *Sts. Ref. B. C., ch.* 37, *s.* 39. } Lorsqu'aucune hypothèque, obligation notariée, jugement, acte ou procédure judiciaire, reconnaissance, droit ou réclamation privilégiée ou hypothécaire, est enregistré, si en aucun temps il est déposé entre les mains du régistrateur une copie authentique d'un acte notarié ou d'un jugement prouvant l'acquittement total ou partiel de telle hypothèque, droit ou réclamation privilégiée ou hypothécaire,—ou s'il est présenté au dit régistrateur un certificat signé par le créancier hypothécaire, le créancier, le demandeur, l'acceptant, ou le créancier hypothécaire ou privilégié, nommé dans tel acte ou procédure judiciaire, droit ou réclamation privilégiée ou hypothécaire, ses héritiers, administrateurs ou ayants causes, et attesté par

deux témoins, par lequel il apparaîtra que les deniers dus sur telle hypothèque, obligation notariée, jugement, acte ou procédure judiciaire, reconnaissance, droit ou réclamation privilégiée ou hypothécaire respectivement, ont été payés en tout ou en partie, lesquels témoins, sous leur serment devant aucun des juges de la cour du banc de la reine ou de la cour supérieure,ou devant aucun commissaire autorisé à prendre des affidavits, soit dans le Haut ou le Bas Canada ou dans la Grande Bretagne ou en Irlande, destinés à être produits devant la cour supérieure, ou devant aucun juge d'aucune des cours supérieures de loi ou d'équité, ou devant aucun juge d'une cour de comté, dans les limites de son comté, dans le Haut Canada, ou devant le régistrateur ou son député, prouveront que tels deniers ont été en tout ou en partie payés, et qu'ils ont vu signer tel certificat par la partie qui l'aura donné,— alors le régistrateur entrera à la marge du régistre, vis-à-vis l'enregistrement de telle hypothèque, obligation notariée, jugement, acte ou procédure judiciaire, reconnaissance, droit ou réclamation privilégiée, que telle hypothèque, obligation notariée, jugement, acte ou procédure judiciaire, reconnaissance, droit ou réclamation privilégiée a été liquidé en tout ou partie, suivant telle acte notariée, jugement ou certificat. 4 V. c. 30, s. 45,—7 V. c. 22, —23 V. c. 59, s. 23.

2152. Le consentement à la radiation, la quittance ou certificat de libération, ou le jugement qui en tient lieu, doit, sur présentation,être mentionné à la marge de l'enregistrement du titre ou du bordereau constatant la création ou l'existence du droit radié.

2152. The consent to the cancelling and the acquittance or certificate of discharge, or the judgment rendered to avail in lieu thereof, must when produced be mentioned in the margin of the registry of the title or memorial establishing the creation

[ARTICLE 2153.]

Le consentement à la radiation, la quittance ou le certificat de libération, lorsqu'ils sont sous seing-privé, ou une copie dûment certifiée, lorsqu'ils sont en forme notariée, ainsi que la copie de tout jugement qui en a l'effet, enregistrés conformément au présent article et aux articles subséquents de ce chapitre, doivent rester déposés au bureau où tel enregistrement a lieu.

or existence of the right so cancelled.

The consent to the cancelling, the acquittance or the certificate of discharge, when they are private writings, or a certified copy thereof when they are in notarial form as well as the copy of any judgment rendered to avail in lieu thereof, registered in conformity with the present article and the succeeding articles of this chapter must remain deposited in the office where such registration takes place.

Voy. *Sts.* 25 Vict., ch. 11, s. 1, cité sur art. 2146 et *Sts. R. B. C.*, ch. 37, s. 39, cités sur art. 2151.

2153. Le jugement qui prononce l'annulation, extinction ou résolution du droit enregistré, ne peut cependant être enregistré s'il n'est accompagné d'un certificat constatant que les délais prescrits pour l'appel sont expirés, sans qu'il y ait eu appel de ce jugement.

2153. The judgment declaring the nullity, extinction or dissolution of the right registered cannot however be registered, unless it is accompanied by a certificate that the delays allowed to appeal from such judgment have expired, without such appeal having taken place.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 43, cités sur art. 2148.

2154. Ce jugement doit être signifié au défendeur en la manière ordinaire.

2154. Such judgment must have been served upon the defendant in the usual manner.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 42, cités sur art. 2148.

2155. Le shérif est tenu de faire enregistrer avec toute diligence et aux frais de l'adjudicataire, et avant d'en délivrer un double à qui que ce soit, tout acte de vente par lui consenti d'un immeuble saisi-exécuté.

2155. The sheriff is bound to cause all his deeds of sale of immoveables under execution to be registered, at the expense of the purchaser, as soon as possible, and before delivering to any person whatever any duplicate thereof.

Voy. 25 Vict., ch. 11, s. 2, cité sur art. 2146.

2156. Le protonotaire de la Cour Supérieure est tenu de faire enregistrer avec toute diligence, aux frais du requérant ou de l'adjudicataire, suivant le cas, tout jugement de confirmation de titre, et tout décret d'adjudication sur licitation forcée, avant d'en délivrer copie à qui que ce soit.

2156. The prothonotary of the Superior Court is bound to cause to be registered as soon as possible, at the expense of the applicant or the purchaser, as the case may be, all judgments of confirmation of title and all decrees of adjudication upon forced licitation, before delivering copies thereof to any person whatever.

Voy. Statut 25 Vict., cité sur art. 2146.

2157. L'enregistrement par transcription des ratifications de titre, licitations forcées, ventes par le shérif, ventes en banqueroute, ou autres ventes ayant l'effet de purger les hypothèques, antérieures ou postérieures au neuf juin, mil huit cent soixante-et-deux, équivaut à l'enregistrement d'un certificat de libération ou extinction de tous les droits qui sont purgées par telles ventes, licitations forcées, ou ratifications de titre, même les hypothèques pour douaire préfix ; et il est alors du devoir du régistrateur d'en faire mention en marge de chaque entrée constatant un droit antérieur éteint par telle vente, confirmation de titre ou décret d'adjudication.

2157. The registration at length of confirmations of title, forced licitations, sheriff's sales, sales in bankruptcy, and other sales having the effect of discharging property from hypothecs, whether made before or after the ninth day of June, one thousand eight hundred and sixty-two, is equivalent to the registration of a certificate of the discharge or of the extinction of all rights which are discharged by such sales, forced licitations or confirmations of title, even of hypothecs for conventional dower ; and it is the duty of the registrar in such case to make mention thereof in the margin of each entry establishing a previous right extinguished by such sale, confirmation of title, or decree of adjudication.

---

5 *Déc. de Québec*, *Carpenter et Déry*, *C. d'Appel*, *Quebec*, 1877. } JUGÉ.—1° Que sur une inscription de faux de la part d'un créancier intéressé, un titre du Shérif peut être déclaré faux ;

2o. Que, quoique le titre du Shérif soit enregistré, et que l'immeuble décrété ait passé en d'autres mains par titres aussi enregistrés, si le titre du Shérif est faux en quelque partie, il sera déclaré faux au profit d'un

créancier intéressé à faire valoir une hypothèque pour une rente annuelle omise dans le titre du Shérif.

Il s'agit d'un jugement rendu par la Cour Supérieure le 8 juillet 1876, déclarant faux un titre du Shérif de ce district, daté le 8 juin 1859.

En 1874, les intimés Michel Déry et son épouse, intentent une action hypothécaire contre les appelants, Etta Carpenter et son mari, détenteurs d'un immeuble affecté au paiement d'une rente annuelle de vingt-quatre piastres en faveur des dits Michel Déry et son épouse, dont le titre de créance remonte à 1812.

La Dame Carpenter a rencontré cette action par une exception, dans laquelle elle invoque un titre du Shérif de ce district, octroyé à John Walker, un de ses auteurs, en date du 8 juin 1859, enregistré au long, lequel titre du Shérif ne mentionnait aucune telle charge ou rente annuelle, et par conséquent le déclarant libre de toute telle hypothèque.

La Dame Carpenter ajoutait que l'adjudicataire, Mr. John Walker, avait vendu cet immeuble, par acte du 11 janvier 1867, enregistré le 15 janvier 1868, à William Dinning, et que ce dernier avait vendu le même immeuble à l'appelante Etta Carpenter, par acte du 3 novembre 1868, duement enregistré le 4 novembre 1868 ; qu'en conséquence de ces divers titres, tous enregistrés, la Dame Carpenter étant un tiers, elle ne pouvait être troublée dans sa possession par cette action hypothécaire.

Les intimés répondirent spécialement à cette exception, que ce titre du Shérif, ainsi invoqué, était faux, qu'il aurait dû mentionner que l'immeuble avait été vendu et décrété à la charge du paiement de cette rente annuelle en faveur des intimés, parce que les intimés, avaient fait en temps utile une opposition à fin de charge pour cette rente, et que l'immeuble n'avait pu être vendu et n'avait été vendu qu'à la charge de cette rente annuelle. Les intimés Déry firent suivre leur réponse spéciale d'une inscription de faux contre le dit titre du Shérif.

La Dame Etta Carpenter prétendit que l'enregistrement du titre du Shérif et des titres subséquents équivalaient à l'enregistrement d'une quittance ou certificat de libération des hypothèques, suivant l'article 2157 du Code Civil. Après preuve des faits, la Cour Supérieure, présidée par l'Honble Juge ANDREW STUART, rendit le 8 juillet 1876, le jugement suivant :

"Considering that the plaintiffs *en faux* have fully esta-" blished that the sale by the Sheriff in the case of *Walker* v. " *Ruston* to the said John Walker and to Walter C. Hender-" son was made subject to the opposition *à fin de charge* of " the said plaintiffs *en faux* in this cause received and ad-" mitted, praying that the said sale be made subject to the " payment of an annual sum of six pounds to them the said " opposants.

" Considering that the Sheriff in his return to the writ of " execution in the said case of *Walker* v. *Ruston*, establishes " that the sale was made subject to the opposition *à fin de* " *charge* of the said plaintiffs, and that the Sheriff's title to " the said John Walker fyled in this cause, and the Register " from which the same is taken, omit all mention of the " said opposition *à fin de charge* ; The Court doth maintain " the *inscription en faux*, and there upon doth declare the " said Sheriff's title to the said John Walker fyled in this " cause, and the original thereof in the said Register false " and null, the whole with costs against the defendant *en* " *faux*."

Per curiam.—C'est de ce jugement qu'il y a appel. Il est bien vrai, comme le prétend l'appelante, que le titre du Shérif enregistré, de même qu'une quittance enregistrée, purge les hypothèques antérieures, et que les tiers ont droit d'invoquer ces titres ; mais c'est à condition que le titre du Shérif soit vrai, de la même manière que la quittance enregistrée pour produire l'extinction de l'hypothèque antérieure doit être vraie. S'il était permis à un Shérif, par un titre faux, aussi bien qu'à un notaire et à un régistrateur, par

l'exécution et l'enregistrement d'une quittance fausse, de faire perdre au créancier son hypothèque, il n'y aurait plus aucune sûreté pour les créanciers.

Il est bon d'observer que les créanciers, Michel Déry et son épouse, n'ont pas été parties au titre octroyé par le Shérif ; c'est un contrat ou plutôt un certificat donné par un officier ministériel. Ce contrat ou ce certificat n'est valide qu'à la condition d'être vrai. Sans doute il est malheureux que l'acquéreur de cet immeuble puisse souffrir quelque dommage, mais ce n'est pas la faute du créancier Déry. L'acquéreur a dû prendre garantie contre son vendeur ; il peut exercer cette garantie contre lui, et ce dernier peut l'exercer contre ceux qui sont coupables d'avoir émis ou fait émettre un titre fanx.

Troplong, dans son Traité de la Transcription, pose en peu de mots le vrai principe, en disant, au n° 160 : "La trans-" cription n'est destinée qu'à faire connaître les drois acquis, " elle ne les *constitue* pas dans leur origine."

Cette Cour est obligée de se prononcer sur la question posée. Ce titre du Shérif est-il vrai ou faux ? D'après la preuve produite, il est faux dans cette partie qui a rapport aux droits et intérêts du créancier Déry. La Cour Inférieure a été de cet avis, et cette Cour d'Appel ne peut en venir à autre conclusion que de confirmer ce jugement avec dépens.

CHAPITRE SIXIÈME

DE L'ORGANISATION DES BUREAUX D'ENREGISTREMENT.

SECTION I.

DES BUREAUX ET DES REGISTRES.

2158. Il est établi au chef-lieu de chaque comté

CHAPTER SIXTH.

OF THE ORGANIZATION OF REGISTRY OFFICES.

SECTION I.

OF REGISTRY OFFICES AND THE REGISTERS.

2158. At the chief-place of each county, or in each

et dans chaque division d'enregistrement, constitués par la loi ou par proclamation du Gouverneur, un bureau pour l'enregistrement de tous les droits réels affectant les immeubles situés dans la circonscription de ce comté ou de cette division d'enregistrement, et des autres actes dont l'enregistrement est requis.

registration division set apart by law or by proclamation of the governor, a registry office is established for the registration of all real rights affecting immoveables situate within such county or registration division, and of all other acts requiring registration.

---

* *C. N.* 2146. } Les inscriptions se font au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilége ou à l'hypothèque. Elles ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls.

Il en est de même entre les créanciers d'une succession, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *ss.* 81-83. } 81. Le bureau d'enregistrement pour une localité à l'époque à laquelle ces Statuts Refondus entreront en vigueur, continuera à être le bureau d'enregistrement pour cette localité jusqu'à ce qu'il ait été changé en vertu de cet acte, et les régistrateurs d'alors continueront en charge,—sujet néanmoins aux exceptions et dispositions ci-dessous spécifiées.

82. Tout régistrateur chargé par la loi de la garde des livres dans lesquels un document est enregistré, ou de toute transcription officielle des dits livres, ou de la partie des dits livres qui contient l'enregistrement du dit document, aura

plein pouvoir d'accorder des certificats et de faire toute autre chose à l'égard de l'enregistrement de tel document, bien que ce document ait été originairement enregistré dans quelqu'autre bureau d'enregistrement.

83. Sauf et excepté les dispositions ci-dessous, — il sera établi dans chaque comté électoral du Bas Canada, en tel lieu qui est déjà ou sera fixé et désigné par le gouverneur, un bureau public pour enregistrer tous titres, testaments, transports, obligations notariées, contrats et instruments par écrit, et tous autres actes et papiers quelconques qui affectent, en quelque manière que ce soit, les immeubles situés dans tel comté ; et le gouverneur pourra, de temps à autre, nommer une personne capable comme régistrateur de chacun des dits comtés respectivement, aux fins de tenir le dit bureau et remplir les fonctions de régistrateur. 7 V. c. 22, s. 2,—18 V. c. 99, *et les actes subséquents.*

2159. Un officier public est préposé par le Gouverneur à la garde de ce bureau sous le nom de régistrateur, chargé d'exécuter les prescriptions contenues dans ce titre ; et toute fraude qu'il commet, ou laisse commettre dans l'exécution des devoirs de sa charge, l'assujettit à payer à la partie lésée triples dommages et les frais, en outre de la perte de son emploi et des autres pénalités imposées par la loi.

2159. A public officer called a registrar is appointed by the governor to keep such registry office, who is charged to execute the duties prescribed by this title ; and every act of fraud which he commits or allows to be committed in the exercise of the duties of his office, subjects him to pay to the party injured triple damages with costs, besides loss of office and other penalties imposed by law.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, cités sur arts. 2158.

[ARTICLE 2160.]

*Sts. R. B. C., ch. 37, s. 107-109. } 107. Tout régistrateur assistera à son bureau chaque jour de la semaine, les dimanches et jours de fêtes d'obligation exceptés, depuis neuf heures du matin jusqu'à trois heures de l'après-midi, pour expédier les affaires du bureau, et sera tenu, chaque fois qu'il en sera requis, de faire des recherches concernant tous sommaires, titres, transports, testaments et documents enregistrés, et en donner des certificats, s'il est besoin. 4 V. c. 30, s. 49.

108. Si un régistrateur, dans l'exécution de sa charge, commet ou laisse commettre quelque acte frauduleux, il perdra son emploi, et sera tenu de payer triples dommages, avec tous les frais de poursuite, à la partie lésée, lesquels seront recouvrables par voie d'action dans toute cour de record. 4 V. c. 30, s. 50.

109. Tout régistrateur sera tenu de se conformer aux prescriptions de cet acte sous peine d'une amende n'excédant pas quarante piastres, pour chaque contravention, sans préjudice des dommages résultant à la partie lésée, lesquels seront recouvrables, ainsi que l'amende (avec dépens) devant toute cour ayant juridiction en matières civiles jusqu'à concurrence de ce montant, par la partie lésée par telle contravention. 19, 20 V. c. 15, s. 3.

2160. Le bureau doit être ouvert tous les jours, (les dimanches et les fêtes exceptés), depuis neuf heures du matin jusqu'à trois heures après midi.

2160. Registry offices must be kept open every day, Sundays and holidays excepted, from nine o'clock in the morning until three o'clock in the afternoon.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, cités sur art. 2159.

[ARTICLE 2161.]

St. de Québec, 46 *Vict. ch.* 23. } 1. L'article 2160 du code civil est remplacé par le suivant :

" 2160. Le bureau doit être ouvert tous les jours (les dimanches et les fêtes exceptés), depuis neuf heures du matin jusqu'à quatre heures de l'après midi."

2. Cet acte viendra en force le jour de sa sanction.

2161. Il est tenu dans chaque bureau :

1. Un index ou répertoire par ordre alphabétique des noms de toutes les personnes désignées dans les actes ou documents enregistrés, comme acquérant ou transmettant quelque droit affecté par l'enregistrement, avec renvoi au numéro du document et à la page du registre dans lequel il est entré, et s'il s'agit d'un immeuble, mention de la localité où il est situé.

2. Une liste également par ordre alphabétique de toutes les paroisses, cantons, seigneuries, cités, villes, villages et places extra-paroissiales dans la circonscription du bureau, avec renvoi sous chacune des divisions locales, à toutes les entrées de documents relatifs aux immeu-

2161. Every registrar shall keep :

1. An alphabetical index or repertory of the names of all persons mentioned in the acts or documents registered as acquiring or conveying any right affected by such registration, with a reference to the number of the document, and the page of the register in which it is entered, and, when immoveables are concerned, the name of the place where they are situated.

2. An alphabetical list of all parishes, townships, seigniories, cities, towns, villages, and extra-parochial places within his registry division, containing a reference under the head of each local divisio to all entries of documents concerning immoveables comprised within such

bles compris dans chaque division, ou donnant le numéro et les autres renvois mentionnés dans le paragraphe qui précède, de manière à servir d'index des immeubles, et cette liste est faite suivant les dispositions de l'article 2171 ;

3. Un livre de présentation où sont entrés l'année, le mois, le jour et l'heure auxquels chaque document est présenté pour enregistrement, les noms des parties, celui de la personne qui le présente, la nature du droit dont l'enregistrement est requis et une désignation générale de l'immeuble affecté ;

4. Un registre où sont transcrits tous les documents présentés ;

5. Un livre où sont enregistrés les avis requis par les articles 2115, 2116, 2120, 2121, avec index fait en la même manière que l'index prescrit en l'article 2131.

division, or giving the number and other references mentioned in the preceding paragraph, so as to serve as an index to immoveables, and such list must be made in conformity with the provisions of article 2171.

3. An entry-book in which are entered the year, month, day and hour when each document is brought for registration, the names of the parties to the same and of the person by whom the same is brought, the nature of the right of which registration is required, and a general description of the immoveable affected thereby ;

4. A register in which all documents presented for registration are transcribed ;

5. A book in which are registered the notices required by articles 2115, 2116, 2120, 2121, with an index to be made in the same manner as the index prescribed in article 2131.

[ARTICLE 2161.]

* *C. N.* 2202. } Les conservateurs sont tenus de se conformer, dans l'exercice de leurs fonctions, à toutes les dispositions du présent chapitre, à peine d'une amende de deux cents à mille francs pour la première contravention, et de destitution pour la seconde ; sans préjudice des dommages et intérêts des parties, lesquels seront payés avant l'amende.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 59 *et s.* } 59. Tout registre, servant à l'enregistrement en vertu de cet acte, sera, avant d'y faire aucune entrée, authentiqué par un *memorandum* inscrit à la première page, et signé du protonotaire de la cour supérieure du district pour lequel ce registre doit servir ; et dans ce *memorandum* seront certifiés l'usage auquel le registre est destiné, le nombre de feuillets y contenus, et le jour, le mois et l'année où ce *memorandum* aura été fait ; et ce registre sera aussi authentiqué en numérotant chacun des dits feuillets en toutes lettres, et le dit protonotaire sera tenu d'y apposer les lettres initiales de son nom. 4 V. c. 30, s. 19.

61. Tout régistrateur tiendra dans son bureau un index dans un livre tenu à cet effet, dans lequel seront entrés par ordre alphabétique les noms des personnes désignées dans les sommaires ou documents par qui et en faveur de qui tout immeuble y mentionné aura été aliéné, hypothéqué ou grevé, et par ou contre qui les jugements indiqués dans ces sommaires ou documents ont été recouvrés,—et par et contre qui, tel qu'indiqué aux sommaires ou documents, toute hypothèque légale ou tacite, ou tout droit ou réclamation privilégiée ou hypothécaire, est enregistré, renvoyant pour cela aux entrées des sommaires ou documents enregistrés, en ce qui concerne l'immeuble aliéné, hypothéqué ou grevé par et en faveur de telles personnes respectivement, et les numéros des entrées, les pages du registre qui contiennent ces entrées, et le nom de la paroisse, township, seigneurie, cité,

ville, village ou place extra-paroissiale où tel immeuble est situé : 4 V. c. 30, s. 20, *partie*,—7 V. c. 22, etc.

2. Il tiendra aussi l'index des avis mentionnés dans les sections quarante-huit et quarante-neuf, en la manière prescrite par la section cinquante.

62. Tout régistrateur tiendra aussi dans son bureau une liste alphabétique de toutes les paroisses, townships, seigneuries, cités, villes, villages et places extra-paroissiales de la division pour laquelle il est nommé régistrateur, avec des renvois, sous les chefs de ces divisions locales respectives, à toutes les entrées des sommaires ou documents enregistrés relativement aux immeubles compris dans les dites divisions respectivement, et cette liste contiendra les numéros de ces entrées et la désignation des noms des parties et des immeubles auxquels elles se rapportent, de manière à fournir au moyen d'un index des immeubles, et autant qu'il sera praticable, un renvoi facile et prompt à chaque sommaire ou document. 4 V. c. 30, s. 20, *partie.*

63. Et tout régistrateur tiendra aussi un journal ou mémoire où seront entrés l'année, le mois, le jour et l'heure où chaque sommaire ou document est présenté pour être enregistré, les noms des parties, celui de la personne qui le présente, la nature du titre, droit ou réclamation dont l'enregistrement est demandé, et une désignation générale de l'immeuble que l'on entend grever par cet enregistrement : 4 V. c. 30, s. 20, *partie.*

2. Le journal ou mémoire dont il est parlé en dernier lieu, sera authentiqué en la manière prescrite à l'égard des registres, et le régistrateur sera tenu de faire les entrées dans le dit journal ou mémoire d'après l'ordre numérique des documents qui lui seront présentés pour être enregistrés, et d'indiquer dans chaque entrée le numéro donné au document auquel elle se rapporte ; et il sera aussi tenu de donner à toute personne qui le requerra, en présentant un document pour le faire enregistrer, (le tout sans honoraires) un reçu

indiquant le numéro sous lequel le document ainsi présenté est entré dans le dit journal ou mémoire. 19, 20 V. c. 15, s. 1.

St. de Québec, 32 *Vict.*, *ch.* 25, *sec.* 1 *et s.* } Amend.—*L'acte Q.* 32 *Vict.*, *c.* 25, *contient ce qui suit:*

1. Chaque fois qu'il sera représenté, à la satisfaction du lieutenant-gouverneur en conseil, qu'un index, répertoire, registre ou autre livre, tenu dans un bureau d'enregistrement, est tellement détérioré par le temps et par l'usage, ou est dans un tel état de vétusté, que des erreurs ou omissions pourraient se commettre ou en résulter, au préjudice du public, ou mettre en danger le droit des particuliers, le lieutenant-gouverneur en conseil pourra ordonner au régistrateur dont un des index ou répertoires, registres, ou autres livres, est ainsi détérioré, de s'en procurer un autre du même format que le premier, et d'y faire ou faire faire, en autant que les écritures pourront être déchiffrées, la transcription des actes, matières et choses contenues dans le dit index, ou répertoire, registre, ou autre livre ainsi détérioré.

2. Le livre dans lequel doit être faite la transcription, devra au préalable être authentiqué et paraphé en la manière indiquée dans l'article 2181 du Code civil, si le dit livre doit, en vertu du dit article, être authentiqué et paraphé.

3. Lorsque cette transcription aura été ainsi faite dans le dit index, répertoire, registre ou autre livre, il sera examiné sur l'original par le régistrateur et par son député, et le dit régistrateur ou son député fera et apposera à la fin du dit index, répertoire, registre ou autre livre une déclaration ou certificat attestant qu'il a été examiné et vidimé et qu'il est conforme à l'original ; ce certificat sera fait sous serment prêté devant le protonotaire de la Cour Supérieure du district, ou devant le greffier de la Cour de Circuit du comté.

4. Le dit index, répertoire, registre ou autre livre portant ce certificat aura la même authenticité, la même validité et le même effet, à toutes fins et intentions, que celui dont il est

la transcription, et l'article 2161 du Code civil s'y appliquera. Le livre original sera néanmoins soigneusement conservé, bien qu'il en ait été fait une transcription et pourra servir et être consulté au besoin.

2162. Dans les divisions d'enregistrement de Québec et de Montréal, le registre mentionné en quatrième lieu dans l'article précédent, peut être tenu en plusieurs parties dans des livres distincts, suivant les catégories ci-après, savoir :

1. Les cautionnements, reconnaissances et autres obligations et sûretés en faveur de la Couronne, les testaments et leur vérification ;

2. Les contrats de mariage et les donations ;

3. Les nominations de tuteurs et curateurs, les jugements, actes et procédures judiciaires ;

4. Les titres translatifs de propriété autres que ceux ci-dessus mentionnés ; [les baux mentionnés en l'article 2128 et les quittances anticipées des loyers ;]

5. Les titres, actes et

2162. In the registration divisions of Quebec and Montreal the register mentioned in paragraph 4 of the preceding article may be kept in several parts in separate books, according to the following classification :

1. Bonds, recognizances and other securities and obligations in favor of the crown ; wills, and the probates thereof ;

2. Marriage contracts and gifts ;

3. Appointments of tutors and curators ; judgments and judicial acts and proceedings ;

4. Deeds conveying the ownership of property other than those above mentioned ; [the leases mentioned in article 2128, and acquittances for rent paid in anticipation ;]

5. Deeds, instruments

écrits créant des hypothèques, charges et priviléges non compris dans les catégories qui précèdent ;

6. Tous autres actes dont l'enregistrement peut être requis dans l'intérêt de quelque partie.

[Les dispositions ci-dessus peuvent être étendues, par proclamation du gouverneur, à tout arrondissement d'enregistrement dont la population excède cinquante mille âmes.]

and writings creating hypothecs, privileges or charges, and not comprised in any of the preceding classes ;

6. All other acts of which registration may be required in the interest of any party whatever.

[The foregoing provisions may be extended by a proclamation of the governor to any registry division the population of which exceeds fifty thousands souls.]

2163. Le gouverneur peut également, par proclamation, enjoindre aux régistrateurs pour les divisions d'enregistrement de Québec et de Montréal ou de l'une d'elles, de tenir des registres et livres distincts pour les immeubles situés en dedans, et pour ceux situés en dehors des limites de ces cités.

2163. The governor may also by proclamation direct that the registrars for the registration divisions of Quebec and Montreal, or either of them, shall keep separate registers and books for the immoveables situate within, and for those situate without the limits of the said cities respectively.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 64. } Les régistrateurs des divisions d'enregistrement de Québec et Montréal pourront tenir des livres et registres séparés (lesquels seront authentiqués tel qu'il est ci-haut prescrit à l'égard de ceux

[ARTICLE 2164.]

où les sommaires et autres documents doivent être enregistrés,) pour l'enregistrement au long :

Premièrement.— Des cautionnements, reconnaissances et autres sûretés et obligations en faveur de la couronne, testaments, actes de dernière volonté et vérifications ou copies authentiques de testaments et actes de dernière volonté ;

Deuxièmement.—Contrats de mariage et donations ;

Troisièmement.—Nominations de tuteurs et curateurs, jugements et actes et procédures judiciaires ;

Quatrièmement.— Titres translatifs de propriété qui n'entrent pas dans les catégories ci-dessus, y compris les échanges et baux pour le terme de neuf années au plus, et actes de partage ;

Cinquièmement.— Titres, actes et écrits créant des hypothèques, priviléges ou charges, qui ne sont pas compris dans aucune des catégories ci-dessus ;

Sixièmement.—Tous autres titres, actes et écrits qui ne sont pas compris dans aucune des catégories ci-dessus ;

Et l'enregistrement qui s'en fera au long dans les dits livres respectivement, vaudra à toutes fins et intentions quelconques ; et l'enregistrement de tout titre, acte ou écrit, fait au long dans tout livre, excepté dans celui réservé pour l'enregistrement des sommaires, n'affectera pas la validité de l'enregistrement quand bien même le régistrateur se serait trompé sur la catégorie à laquelle le titre, acte ou écrit se rapporte. 12 V. c. 48, s. 2.

2164. Le gouverneur en conseil peut changer la forme de tout livre, index ou autre document officiel que doivent tenir les régistrateurs, ou ordonner qu'il en soit tenu de nouveaux ; et tout ordre à cet

2164. The Governor in Council may alter the form of any books, indexes or other official documents to be kept by registrars, or direct new ones to be kept ; and all orders to that effect are

effet est publié dans la Gazette du Canada et a effet à dater du jour qui y est mentionné, pourvu que ce jour ne soit pas fixé à moins d'un mois après la publication de cet ordre.

published in the Canada Gazette and take effect from the day therein appointed, provided such day be not fixed at less than one month from the publication of such order.

2165. D'autres dispositions se trouvent renfermées dans les statuts relatifs à l'enregistrement.

2165. Other provisions are contained in the statutes respecting registration.

SECTION II.

DU PLAN ET DU LIVRE DE RENVOI OEFICIELS ET DISPOSITIONS QUI S'Y RATTACHENT.

SECTION II.

OF THE OFFICIAL PLANS AND BOOKS OF REFERENCE AND OF MATTERS CONNECTED THEREWTIH.

2166. A la diligence du Commissaire des terres de la Couronne, chaque bureau d'enregistrement est pourvu d'une copie d'un plan correct, fait conformément aux dispositions contenues dans le chapitre 37 des Statuts Refondus pour le Bas Canada, et dans l'acte des 27 et 28 Vict. chap. 40, indiquant distinctement tous les lots de terre de chaque cité, ville, village, paroisse, canton ou partie d'iceux, compris dans la circonscription du bureau.

2166. The Commissioner of Crown Lands furnishes each registry office with a copy of a correct plan, made in conformity with the provisions of chapter 37 of the Consolidated Statutes for Lower Canada and the statute 27th and 28th Vict. ch. 40, shewing distinctly all the lots of land of each city, town, village, parish, township, or part thereof, comprised within the division to which such office belongs.

* *Sts. R. B. C.*, *ch.* 37 } *s.* 68 *et s.* } 68. Et vu que pour le fonctionnement plus effectif du présent acte, il est à désirer qu'il y ait, dans chaque bureau d'enregistrement, des plans exacts des cités, villes, villages, paroisses et townships, ou de parties d'iceux, dans le comté ou la division d'enregistrement à laquelle tel bureau appartient, devant faire voir la subdivision de telles localités en lots, et servir de base à la description de la propriété, à laquelle les actes et pièces enregistrés dans tel bureau se rapportent, de manière à ce que l'index des immeubles requis par le présent acte, soit facilement et correctement tenu,—à ces causes,—

Le duplicata du cadastre de chaque seigneurie qui, par la deuxième section de l'acte d'amendement seigneurial de 1859 (22 V. c. 48,) devait rester entre les mains des commissaires jusqu'à ce qu'il en fût disposé par le gouverneur en conseil, —devra être déposé dans le bureau du commissaire des terres de la couronne, de même que tous autres plans, cartes et autres documents du même genre, préparés sous la direction des dits commissaires, ou qu'ils ont obtenus en leur qualité de commissaires. 23 V. c. 59, s. 28.

69. Le commissaire des terres de la couronne verra à ce qu'il soit préparé, sous sa direction, un plan correct de chaque cité, ville, village incorporé, paroisse, township, ou de partie d'iceux, dans chaque comté ou division d'enregistrement dans le Bas Canada, avec un Livre de Renvoi indiquant ces endroits,—dans lequel livre sera énoncé :

1. Une description générale de chaque lot ou lopin de terre, désigné dans le plan qui s'y rapporte ;

2. Le nom du propriétaire de chaque lot ou lopin de terre séparé, ou le nom du propriétaire de tout droit réel en tel lot, autant qu'il sera possible de s'en assurer ; et—

3. Toute chose propre à faire bien comprendre tel plan pour les fins du présent acte ;

4. Et chaque lot ou lopin de terre séparé, désigné sur le plan, sera indiqué dans le dit livre par un numéro qui sera marqué sur le plan et inscrit sur le dit livre, et le commis-

saire pourra adopter tout moyen qu'il croira propre à en assurer l'exactitude. 23 V. c. 59, s. 29.

70. Chacun des dits plans et Livres de Renvois sera dressé jusqu'à une date précise, à laquelle il sera corrigé aussi bien que possible, et cette date y sera marquée,—et il sera signé par le commissaire et restera dans les archives de son bureau. 23 V. c. 59, s. 30.

71. Une copie de chaque tel plan et Livre de Renvoi, certifiée par le commissaire des terres de la couronne, sera déposée dans le bureau du régistrateur dans le comté ou division d'enregistrement où est située la place qu'ils indiquent, et y restera ouverte à l'inspection du public pendant les heures de bureau ; ces copies ne seront en aucune façon altérées par le régistrateur, mais s'il constate qu'il s'y trouvait quelque erreur à l'époque de leur date, il en fera rapport au commissaire des terres de la couronne, qui, en étant satisfait, ainsi que des corrections à faire, corrigera l'original ainsi que la copie, en conséquence, en certifiant telle correction de sa propre main :

2. Telle correction ne sera pas faite de manière à changer le numéro des lots ou lopins de terre sur le plan ou dans le Livre de Renvoi, mais tout lot ou lopin de terre dont aura été constatée l'omission, sera intercallé et distingué par une lettre ou par quelqu'autre signe qui ne dérangera pas le numérotage primitif ; il n'y aura pas non plus de correction de faite en conséquence du changement de possession ou de la division d'un lot quelconque, survenu depuis la date où le plan et le livre ont été dressés. 23 V. c. 59, s. 31.

72. Dans les parties seigneuriales du Bas Canada, les cadastres faits par les commissaires seigneuriaux, et les plans faits sous leur direction, devront servir de base aux plans et aux Livres de Renvois qui devront être faits sous l'autorité du présent acte :

2. Dans les townships, le commissaire des terres de la couronne devra faire usage de telles cartes ou arpentages ou faire faire tels arpentages qu'il croira les plus propres à ga-

rantir l'exactitude des plans et des Livres de Renvois à faire tel qu'il est dit plus haut ; mais le numérotage primitif des lots et concessions sera toujours conservé ; et dans les parties rurales, toutes subdivisions d'iceux seront distinguées par des lettres ou autres signes comme faisant partie de tels lots primitifs, et dans les villes et villages, par des numéros subordonnés, ou autres signes, mais toujours comme parties des lots primitifs, desquels il sera aussi fait mention. 23 V. c. 59, s. 32.

73. Le dit commissaire pourra accorder des copies certifiées de tout tel cadastre seigneurial, plan, ou Livre de Renvoi, tel que dit plus haut, ou de toute partie d'iceux, ou extraits d'iceux, qui feront preuve et auront le même effet que le cadastre original, le plan ou le Livre de Renvoi pour ce qui concerne les matières indiquées ou énoncées dans telle copie ou extrait certifié. 23 V. c. 59, s. 33.

St. de Québec, 32 *Vict.*, *ch.* 25. } Amend.— *Le statut de Q.* 32 *Vict.*, *c.* 25, *contient ce qui suit :*

Considérant que les index ou répertoires, registres et autres livres tenus dans chacun des bureaux d'enregistrement, en conformité du chapitre six du titre dix-huit du Code civil du Bas-Canada, sont exposés par un long usage à se détériorer, et que pour éviter des erreurs et des omissions qui pourraient résulter de ces détériorations, il est à propos de pourvoir à ce que des copies authentiques en soient faites ; considérant que les plans et livres de renvoi que le Commissaire des terres de la Couronne est obligé de faire préparer conformément au chapitre trente-sept des Statuts Refondus pour le Bas-Canada, à l'acte 27-28 Vict., chapitre 40, et aux articles 2166 et 2167 du dit Code civil, ne peuvent être déposés par le dit Commissaire, dans le bureau du régistrateur d'une circonscription d'enregistrement que lorsque les plans et les livres de renvoi de toutes les localités comprises dans la dite circonscription d'enregistrement ont été faits pour toute la

circonscription, et qu'il est à propos, dans l'intérêt public, que le dépôt séparé et distinct du plan et du livre de renvoi d'une cité, ville, village, paroisse, canton ou partie d'iceux, puisse être fait, lorsqu'il sera jugé convenable, et que pouvoir soit donné au lieutenant-gouverneur en conseil d'annoncer par proclamation, le dépôt du dit plan et du dit livre de renvoi pour une partie seulement de la circonscription d'enregistrement et de fixer le jour auquel les dispositions de l'article 2168 du dit Code civil deviendront en force, dans cette partie de la dite circonscription ; à ces causes, Sa Majesté, par et de l'avis et du consentement de la législature de Québec, décrète ce qui suit :

1. Chaque fois qu'il sera représenté, à la satisfaction du lieutenant-gouverneur en conseil, qu'un index, répertoire, registre ou autre livre, tenu dans un bureau d'enregistrement, est tellement détérioré par le temps et par l'usage, ou est dans un tel état de vétusté, que des erreurs ou omissions pourraient se commettre ou en résulter, au préjudice du public, ou mettre en danger le droit des particuliers, le lieutenant-gouverneur en conseil pourra ordonner au régistrateur dont un des index ou répertoire, registre, ou autres livres, est ainsi détérioré, de s'en procurer un autre du même format que le premier, et d'y faire, ou faire faire, en autant que les écritures pourront être déchiffrées, la transcription des actes, matières et choses contenues dans le dit index, ou répertoire, registre, ou autre livre ainsi détérioré.

2. Le livre dans lequel doit être faite la transcription, devra, au préalable, être authentiqué et paraphé, en la manière indiquée dans l'article 2181 du Code civil, si le dit livre doit, en vertu du dit article, être authentiqué et paraphé.

3. Lorsque cette transcription aura été ainsi faite dans le dit index, répertoire, registre ou autre livre, il sera examiné sur l'original par le régistrateur et par son député, et le dit régistrateur ou son député fera et apposera à la fin du dit index, répertoire, registre ou autre livre une déclaration ou

certificat attestant qu'il a été examiné et vidimé et qu'il est conforme à l'original ; ce certificat sera fait sous serment prêté devant le protonotaire de la Cour Supérieure du district, ou devant le greffier de la Cour de Circuit du comté.

4. Le dit index, répertoire, registre ou autre livre portant ce certificat aura la même authenticité, la même validité et le même effet, à toutes fins et intentions, que celui dont il est la transcription, et l'article 2161 du Code civil s'y appliquera. Le livre original sera néanmoins soigneusement conservé, bien qu'il en ait été fait une transcription, et pourra servir et être consulté au besoin.

St. de Québec, 35 *Vict.*, *ch.* 16. } *Le statut de Q.* 35 *Vict.*, *c.* 16, *contient ce qui suit :*

1. Le second paragraphe de la section 72 du chapitre 37 des Statuts Refondus pour le Bas-Canada est par le présent amendé de manière à ce qu'il se lise comme suit :

2. " Dans les cantons, le Commissaire des terres de la Couronne fera usage de telles cartes ou arpentages, ou fera faire tels arpentages qu'il jugera les plus propres à assurer l'exactitude des plans et des livres de renvoi à faire, comme il est dit plus haut ; mais, à moins que quelque difficulté pratique n'en puisse résulter, le numérotage primitif des lots et concessions sera toujours conservé, et dans les parties rurales, toutes subdivisions d'iceux seront distinguées par des lettres ou autres signes comme parties de tels lots primitifs, et dans les villes et villages par des numéros subordonnés ou autres signes, mais toujours comme parties des lots primitifs, desquels il sera aussi fait mention, et toutes les fois que telle difficulté se rencontrera, les lots seront désignés et décrits de la manière que le Commissaire des terres de la Couronne le réglera."

---

1 *Déc. de Québec*, *p.* 218. *Dumontier et Montizambert*, *C. S.*, *Q.*, *Stuart*, *J.*, 1875. } JUGÉ : — Qu'un régistrateur n'a droit d'exiger aucun honoraire pour recherches faites sur le Cadastre déposé à son bureau en vertu de l'art. 2166 du Code Civil ; et que toute somme exigée par lui pour telles recherches peut être répétée comme payée indûment.

Jugement rendu le 8 Mai 1875.

Le demandeur s'était rendu au bureau du défendeur, qui est le Régistrateur de la Division d'Enregistrement de Québec, et avait fait lui-même sur le Cadastre Officiel du quartier Jacques Cartier de la cité de Québec des recherches relativement à six terrains situés dans cette localité. Le défendeur lui avait fait payer vingt-cinq centins pour chacune de ces recherches.

Le demandeur poursuivit de suite le défendeur en répétition de la somme de $1.50 qu'il prétendait avoir payée indûment. Le défendeur comparut, évoqua la cause à la Cour Supérieure, et plaida par une simple défense en fait.

A l'argument, le demandeur prétendit que toute copie du Cadastre Officiel déposé au bureau d'un régistrateur l'est expressément pour permettre au public d'en prendre connaissance, et donner aux intéressés l'occasion de voir s'il ne s'y trouve pas quelque erreur dans la désignation de leurs terrains ou des immeubles sur lesquels ils auraient hypothèque, et procurer à ceux qui font des transactions sur les immeubles la possibilité de se conformer aux arts. 2168 et suivants du Code Civil relativement à la désignation de ces immeubles. Il ajouta que le Régistrateur n'était, à l'égard du Cadastre, qu'un simple gardien ; que les frais de garde étaient nuls ; que le gouvernement avait fait seul tous les déboursés requis pour la confection du Cadastre, et que ces documents ne coûtant rien aux Régistrateurs, ceux-ci ne pouvaient rien exiger des personnes qui désiraient en prendre communication. A l'appui de sa prétention, le demandeur cita la sect. 71 du ch. 37 des S. R. B. C., et soutint que cette section statuant qu'une copie du Cadastre restera ouverte à l'inspection du public pendant les heures du bureau, sans dire que le Régis-

trateur pourra rien exiger à ce sujet, telle inspection doit être gratuite.

Le défendeur répondit qu'il avait droit de charger vingt-cinq centins pour toute recherche faite à son bureau, sans exception.

Stuart, Juge :— Le défendeur est évidemment dans l'erreur. Il n'a droit de réclamer aucun honoraire pour recherches faites sur la copie du Cadastre déposée à son bureau par le Commissaire des Terres de la Couronne, et la sect. 71 du ch. 37 S. R. B. C., disant que telle copie restera ouverte à l'inspection du public, il est clair que telle inspection est gratuite. Un officier public ne peut exiger d'autres honoraires que ceux qui lui sont octroyés par la loi, et le défendeur n'a cité aucun texte qui l'autorise à prélever sur ceux qui vont examiner le Cadastre déposé à son bureau une taxe de vingt-cinq centins par recherche. Il doit en conséquence rembourser au demandeur le montant qu'il lui a ainsi fait indûment payer.

2167. Ce plan doit être accompagné d'une copie d'un livre de renvoi dans lequel sont insérés :

1. Une description générale de chaque lot de terre porté sur le plan ;

2. Le nom du propriétaire de chaque lot autant qu'il est possible de s'en assurer ;

3. Toutes remarques nécessaires pour faire comprendre le plan.

Chaque lot de terre sur le plan y est indiqué par

2167. Such plan must be accompanied by a copy of a book of reference in which are set forth :

1. A general description of each lot of land shewn upon the plan ;

2. The name of the owner of each lot, so far as it can be ascertained ;

3. All remarks necessary to the right understanding of the plan.

Each lot of land shewn upon the plan is designa-

un numéro d'une seule série, qui est inscrit dans le livre de renvoi pour y désigner le même lot.

ted thereon by a number, which is one of a single series, and is entered in the book of reference to designate the same lot.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, sec. 69, cité sur art. 2166.

2168. Après que copie des plans et livres de renvoi a été déposée dans un bureau d'enregistrement pour toute sa circonscription, et qu'il a été donné avis par proclamation tel que mentionné en l'article 2169, le numéro donné à un lot sur le plan et dans le livre de renvoi est la vraie description de ce lot et suffit dans tout document quelconque ; et toute partie de ce lot est suffisamment désignée en déclarant qu'elle fait partie de ce lot et en indiquant à qui elle appartient, avec ses tenants et aboutissants ; et tout terrain composé de parties de plus d'un lot numéroté est suffisamment désigné en déclarant qu'il est ainsi

2168. When a copy of the plans and books of reference for the whole of a registration division has been deposited in the office for such division, and notice has been given by proclamation in the manner mentioned in article 2169, the number given to a lot upon the plan and in the book of reference is the true description of such lot, and is sufficient as such in any document whatever ; and any part of such lot is sufficiently designated by stating that it is a part of such lot and mentioning who is the owner thereof and the properties conterminous thereto ; and any piece of land composed of parts of more than one

composé, et en indiquant quelle partie de chaque lot numéroté il contient.

La description d'un immeuble dans l'avis d'une demande en ratification de titre, ou dans l'avis d'une vente par le shérif, ou par licitation forcée, ou de toute autre vente ayant les effets du décret, ou dans telle vente ou jugement de ratification, ne sera censée suffisante que si elle est faite conformément aux prescriptions du présent article.

Aussitôt après que le dépôt de tel plan et livre de renvoi a été fait et qu'il en a été donné avis, les notaires sont tenus, en rédigeant les actes concernant les immeubles indiqués sur tel plan, de désigner ces immeubles par le numéro qui leur est donné sur le plan et dans le livre de renvoi, de la manière prescrite ci-dessus ; à défaut de telle désignation l'enregistrement ne peut

numbered lot is sufficiently designated by stating that it is so composed and mentioning what part of each numbered lot it contains.

No description of an immoveable in the notice of application for confirmation of title, or in the notice of a sale by the sheriff or by forced licitation, or of any sale having the effect of a sheriff's sale, or in the sheriff's deed, or in the judgment of confirmation, will be deemed sufficient unless it is made in conformity with the provisions of this article.

As soon as such plans and books of reference have been deposited and notice thereof has been given, notaries passing acts concerning immoveables indicated on such plan are bound to designate such immoveables by the number given to them upon such plan and in the book of reference, in the manner above prescribed; in default of such designation the registration does

affecter le lot en question, à moins qu'il ne soit produit une réquisition ou avis indiquant le numéro sur le plan et livre de renvoi comme étant celui du lot qu'on veut affecter par tel enregistrement.

not affect the lot in question, unless there is filed a requisition or notice indicating the number on the plan and book of reference as being that of the lot intended to be affected by such registration.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 74. } Le numéro d'un lot ou lopin de terre quelconque sur le plan et le Livre de Renvoi d'un endroit quelconque, après leur dépot au bureau du régistrateur qu'il appartient, sera la vraie désignation de tel lot ou lopin de terre et en sera toujours une description suffisante dans tout acte, pièce ou document quelconque,—et tout lot ou lopin, formé de partie de tel lot ou lopin numéroté, sera suffisamment désigné comme en faisant partie, en désignant à quelle partie il appartient, et donnant ses tenants et aboutissants — et s'il est composé de partie de plus d'un tel lot ou lopin numéroté, alors il sera suffisamment désigné comme étant ainsi composé, en désignant quelles parties de chaque lot numéroté il contient :

2. Il sera du devoir des notaires passant des actes concernant des lots ou lopins de terre, dans aucun endroit pour lequel un plan et un Livre de Renvoi ont été déposés dans le bureau du régistrateur qu'il appartient, de les décrire, autant que possible, en renvoyant comme ci-dessus aux numéros dans tel plan et tel livre, et si tel lot ou lopin ne comprend pas la totalité d'un lot portant un numéro dans tel plan ou livre, alors d'énoncer quelle partie ou parties d'un ou de plus d'un de ces lots numérotés il contient ; et sera du devoir du régistrateur de constater, autant que possible, de quels lots ou lopins de terre numérotés, chaque lot ou lopin de terre, affecté par aucun acte ou instrument enregistré dans son bureau, et qui n'est pas ainsi décrit, est composé ;

3. Si dans tout acte de cette espèce ou autre instrument ou document qui doit être enregistré, il n'y a pas de description de l'immeuble auquel il se rapporte en renvoyant à un lot numéroté ou à des lots numérotés sur le plan et le Livre de Renvoi, déposés dans le bureau d'enregistrement du comté ou de la division d'enregistrement pour l'endroit où est situé le dit immeuble, il sera du devoir de la partie, faisant enregistrer tel acte, instrument ou document, de déposer, au bureau du registrateur, un avis contenant telle description comme ci-dessus,—et l'enregistrement de tel acte, instrument ou document ne sera pas censé complet ou n'affectera pas l'immeuble y mentionné, avant que tel avis ne soit déposé, d'après la formule Q de la cédule annexée au présent acte ou au même effet ;

4. Et nulle description d'un immemble dans tout avis de demande en ratification de titre, avis de vente par le shérif, ou avis de vente par licitation forcée, ne sera censée suffisante si elle n'est telle que requise par la présente section, pour les fins d'enregistrement. 23 V. c. 59, s. 34.

---

* *St. de Québec*, 40 *Vict.*, *ch.* 16, *s.* 4 *et s.* } 4. Dès qu'un plan de subdivision ou redivision, accompagné d'un livre de renvoi, aura été déposé chez lui, le régistrateur devra annoter, dans l'index aux immeubles, sous le numéro du lot originaire, ou de la subdivision ou redivision, le fait que tel lot a été subdivisé ou redivisé, en tout ou en partie, selon le cas.

5. Lorsqu'une subdivision ou une redivision a été faite, le numéro spécial et la désignation donnés à chaque lot sur le plan et dans le livre de renvoi de telle subdivision ou redivision, constitueront l'exacte description de tels lots subdivisés respectivement, laquelle sera suffisante dans tout document ; et les dispositions de l'article 2168 du code civil s'appliqueront aux lots de cette subdivision ou redivision. Lorsqu'une partie seulement d'un lot originaire sera subdi-

visée ou lorsque partie seulement d'un lot dans une subdivision sera redivisée, il suffira, pour désigner la partie non divisée, de l'appeler la partie non divisée de tel lot originaire ou de tel lot dans une subdivision.

6. Le commissaire des terres de la couronne pourra faire publier, dans la Gazette Officielle de Québec, le livre de renvoi de toute subdivision ou redivision, avec le même effet que celui de la publication du livre de renvoi d'une localité en vertu de la sixième section du chapitre vingt-cinquième de la trente-deuxième Victoria.

St. de Québec, 40 *Vict.*, *ch.* 17, *s.* 2. } Amend.—*L'acte Q.* 40 *Vict.*, *c.* 17, *s.* 2, *contient ce qui suit :*

Et attendu qu'il peut exister des doutes relativement à la validité des hypothèques consenties depuis la mise en force du Code civil, provenant de ce que les immeubles hypothéqués ont été décrits par lot et rang ou partie de lot et rang, il est par le présent acte déclaré que toutes telles hypothèques seront censées bonnes et valides pour toute fin, comme si les immeubles hypothéqués eussent été spécialement décrits par une désignation des tenants et aboutissants.

Voy. *St.* 49-50 Vict., ch. 11, s. 1, cité sur art. 2174.

---

5 *Déc. de Québec*, *p.* 369, *Roussel et Bureau*, *C. de Rév. Québec*, 1879. } Jugé.—1o Que le renouvellement d'une hypothèque, en vertu de la loi établissant le cadastre, ne peut être fait que par l'avis prescrit par la clause 2172 du Code Civil;

2° Que le transport d'une créance hypothécaire fait pendant la période fixée pour le renouvellement des droits réels, quand même le dit transport renfermerait toutes les conditions prescrites par l'article 2168 du Code Civil, ne conservera pas au tiers le rang hypothécaire de la dite créance si le dit transport n'est accompagné du dit avis.

Cette cause s'est présentée devant la Cour sur la contestation par le demandeur de la collocation du créancier Fran-

çois Kirouac. Les faits sont tels qu'expliqués dans l'extrait suivant du factum du créancier colloqué :

Il s'agit en cette cause de savoir si le demandeur s'est conformé aux clauses 2172 et 2173 du Code Civil, et s'il a renouvelé dûment son hypothèque. Son hypothéque, créée par obligation, date du 15 janvier 1868, et fut enregistrée le 5 septembre 1868. Créée originairement en faveur d'Eloi Picard, elle fut transportée à Ovide Picard le 29 décembre 1869, par acte enregistré le 30 décembre 1869.

Le premier février 1869, François Kirouac, le dit créancier colloqué, acquit aussi une hypothèque par obligation sur le même immeuble et enregistrée le 1er avril 1869. Le cadastre pour cette division n'est venu en force que le 31 janvier 1871, et les délais pour renouveler les hypothèques conformément à la dite clause 2172 expirèrent le 31 janvier 1873.

Le certificat du régistrateur constate que l'hypothèque de F Kirouac a seule été renouvelée et ce certificat n'est pas attaqué. Le 8 juillet 1872, l'hypothèque du 15 janvier 1868 fut transportée au demandeur, et l'acte de transport fut enregistré le 8 août 1872. Il est vrai que ce transport désigne l'immeuble affecté par le numéro du cadastre, conformément à la clause 2168 du Code Civil, et qu'en conséquence le demandeur a acquis une hypothèque préférable à tous autres créanciers hypothécaires subséquents. Mais la question est de savoir si se conformer à la clause 2168, c'est-à-dire désigner l'immeuble par le numéro du cadastre, suffit pour faire remonter l'effet de l'hypothèque à la date de sa création, et s'il n'est pas indispensable de se conformer de plus à la clause 2172, et de donner l'avis du renouvellement.

Avant l'expiration des délais, savoir, le 22 janvier 1873, M. Kirouac a renouvelé son hypothèque par l'avis requis, et a ainsi fait remonter son hypothèque à la date de sa création, savoir, au 1er avril 1869.

L'hypothèque du demandeur quant à son privilége ne date donc que du 8 août 1872, et celle de M. Kirouac date du

1er avril 1869, et elle doit être préférable. Le régistrateur enregistre tout ce qu'on lui présente. Mais pour qu'il soit tenu de noter en marge qu'un droit réel est renouvelé--tel que prescrit par la clause 2131 du Code Civil—il faut lui donner l'avis requis par cette clause. C'est ce que le demandeur n'a pas fait.

Cette clause 2172 exige pour qu'un renouvellement soit valable : 1° que l'immeuble soit désigné, conformément à la clause 2168, par le numéro du cadastre, ce que le demandeur a fait, et 2° que l'avis du renouvellement soit donné conformément à la clause 2131, document spécial et séparé que le demandeur n'a pas fourni au régistrateur. Le certificat du régistrateur n'est pas attaqué, et il constate que l'hypothèque du demandeur n'a pas été renouvelée. La Cour ne peut aller au-delà.

La formalité du renouvellement par un avis est tellement impérieuse que la clause 2172 ordonne qu'il sera tenu un index des livres employés à la transcription de ces avis. Pourrait-on exiger du régistrateur qu'il fabriquât des avis pour les enregistrer dans ces livres, les entrer dans l'index, en faire mention en marge de l'entrée originaire de l'hypothèque, quand les créanciers n'en croient pas devoir s'imposer le trouble ni la dépense ?

Le Code Civil reproduit d'une manière plus succincte les dispositifs du chap. 37 des S. R. B. C. La section 49 de ce dernier prescrit aussi l'avis qui doit être donné pour opérer le renouvellement. Et cette section réfère à la formule P où on voit qu'il faut informer le régistrateur de l'intention du créancier d'opérer le renouvellement.

Le protonotaire ayant colloqué M. Kirouac, le demandeur contesta le rapport de distribution, sans attaquer le certificat du régistrateur. La Cour Supérieure, présidée par l'Honble Juge Caron, débouta la contestation.

La Cour de Révision, l'Honble Juge Stuart *dissentiente*, confirma le jugement avec dépens.

11 *Revue Légale*, *p*. 356. *Poitras et Lalonde*, *C. S.*, *M.*, 1882, *Mathieu*, *J.* } JUGÉ : — Que l'enregistrement d'un testament contenant une substitution, fait en 1853, n'a pas l'effet de remplacer l'insinuation qui était alors obligatoire.

Que l'enregistrement d'une substitution doit être renouvelé dans les deux ans de la mise en force de l'article 2168 C. C.

Le 18 juillet 1796, Joseph Poitras contracta mariage avec Josephte Rosalie Dubuc. De ce mariage sont nés trois enfants, savoir : Pierre Jean, Marie Archange Emilie et Charles Poitras.

Joseph Poitras est décédé le 1 mars 1838, et Rosalie Dubuc est décédée le 4 décembre 1866.

Marie Archange Emilie Poitras est décédée sans enfants le 14 avril 1841.

Le 27 novembre 1832, Charles Poitras contracta mariage avec Marguerite Laselle *alias* Laceine, et de ce mariage sont nés 6 enfants savoir : Félix, Joseph, Charles, Elise, Julie et Caroline Poitras, les demandeurs en cette cause.

Le dit Charles Poitras, fils de Joseph Poitras et de Rosalie Dubuc, est décédé le 12 mars 1848, et Marguerite Laselle est décédé le 25 octobre 1877.

Par son testament passé à Montréal, le 9 octobre 1853 devant L. Martin, notaire, Pierre Jean *alias* Joseph Poitras, un des trois enfants de Joseph Poitras avec Rosalie Dubuc, fit la disposition suivante : "Je donne et lègue à Roch Poitras, mon fils naturel, carossier de la cité de Montréal, avec lequel je demeure actuellement, la jouissance et l'usufruit, sa vie durante seulement, de ma maison en briques à deux étages, sur le niveau de la grande rue St. Laurent, de cette dite cité, avec ses circonstances et dépendances, et l'emplacement sur lequel la dite maison se trouve érigée, pour du tout en jouir par le dit Roch Poitras, mon fils naturel, en bon père de famille, sa vie durante ; et aussitôt son décès, je donne et lègue le dit emplacement, avec ses circonstances et dépendances, en pleine propriété, aux enfants à naître en légitime mariage du dit Roch Poitras ; à défaut d'enfants ce dernier

pourra disposer, par testament, de la moitié indivise du dit emplacement et de ses dépendances, en faveur de qui bon lui semblera. Et l'autre moitié du dit emplacement et de ses dépendances sera, en ce dernier cas seulement, reversible à mes plus proches parents."

Le dit Pierre *alias* Joseph Poitras est décédé, sans avoir changé son testament, le 24 octobre 1853, et son testament a été enregistré le 2 novembre 1853.

Le dit Roch Poitras est décédé le 14 avril 1881, sans postérité, et les demandeurs se trouvent les plus proches parents survivants de Pierre Jean *alias* Joseph Poitras, et en vertu du dit testament, ils réclament la moitié indivise du dit immeuble qui est maintenant décrit comme suit :

" Un lot de terre sis et situé dans la cité de Montréal, avec maisons en briques et dépendances dessus érigées, et connu au plan et sur le livre de renvoi officiels du Quartier St. Laurent, dans la dite cité de Montréal, sous le numéro six cent quatorze (614)."

Les demandeurs allèguent que, depuis le décès de Roch Poitras, les défendeurs ont détenu le dit immeuble et s'en sont appropriés les fruits et revenus, et ils demandent à être déclarés propriétaires par indivis de la moitié du dit lot de terre et de ses dépendances, et en être mis en possession et à ce que les défendeurs soient tenus de leur payer les fruits et revenus de la dite moitié indivise du dit immeuble, depuis le 14 avril 1881, à dire d'experts.

Le 7 octobre 1874, Harry Roman, procureur de Roch Poitras, suivant procuration déposée au bureau de C. H. Lamontagne, le 6 octobre 1874, vendit à Louis Bédard et Charles Horace Lamontagne le lot de terre ci-dessus mentionné, pour le prix de $4000. Cet acte fut enregistré le 8 octobre 1874.

Le 10 octobre 1874, le dit C. H. Lamontagne vendit ses droits, dans cet immeuble, à Elizabeth Agnew, acte devant C. Archambault, notaire, pour le prix de $2000. Cet acte fut enregistré le 12 octobre 1874.

Le 28 janvier 1875, Elizabeth Agnew vendit la moitié indivise de cet immeuble au défendeur, M. C. Lalonde, acte devant Geo. A. Hughes, notaire, pour $1600. Cet acte fut enregistré le 30 mars 1875.

Le 23 mars 1875, le dit Roch Poitras ratifia la vente faite par le dit Harry Roman, ès-qualités aux dits Louis Bédard et C. H. Lamontagne, et reconnut avoir reçu $150, de Noël C. Lalonde, à compte des $1500 dues sur le prix de vente sus relaté, acte devant C. Archambault, notaire.

Le 20 décembre 1875, par acte devant Marin, notaire, Louis Bédard vendit la moitié indivise du dit lot à Joseph Rivet. Cet acte fut enregistré le 20 décembre 1875.

Le 30 mars 1878, par acte devant Content, notaire, Joseph Rivet vendit sa part indivise du dit immeuble à Joséphine Beaudoin, un des défendeurs en cette cause, pour $1000. Cet acte fut enregistré.

Le 1 juin 1878, par acte devant Content, notaire, la dite Joséphine Beaudoin vendit tous ses droits, dans cet immeuble, à Charles James Craig. Cet acte fut enregistré le 28 juin 1878.

Le 10 juillet 1879, par acte devant Isaïe Rainville, notaire, Charles James Craig, promit vendre la moitié indivise du dit immeuble à Charles Ferdinand Lalonde. Cet acte fut enregistré.

Le défendeur Charles Ferdinand Lalonde a pris possession du dit immeuble, lors de la passation de la dite promesse de vente, et il en est resté en possession depuis.

Le 17 octobre 1877, par acte devant Geo. A. Hughes, notaire, Noël C. Lalonde vendit la moitié indivise du dit immeuble à C. F. Lalonde, pour $950. Cet acte fut enregistré le 13 juillet 1878.

Le défendeur allègue que Roch Poitras était fils légitime de Pierre Jean Poitras *alias* Joseph Poitras avec Adeline Bleau, dont le mariage fut célébré le 17 octobre 1853, ayant été légitimé lors du mariage de ses père et mère.

Le lot de terre en question avait été donné à Pierre Jean

alias Joseph Poitras, par Joseph Poitras, père, et Rosalie Dubuc, le 5 octobre 1837, acte devant Chevalier de Lorimier, notaire. Cet acte fut enregistré le 8 octobre 1874.

Le même jour, le dit Joseph Poitras, père, fit son testament confirmant la dite donation. Ce testament fut enregistré.

Pierre Jean Poitras resta en possession du dit immeuble jusqu'à son décès arrivé le 22 octobre 1853.

Le défendeur C. F. Lalonde allègue que Roch Poitras, comme fils légitime et comme héritier de Pierre Jean Poitras, fut saisi de tous les biens du dit Pierre Jean Poitras, son père, et notamment du dit immeuble ; qu'il fit enregistrer le 8 octobre 1874, une déclaration de transmission héréditaire de la succession de son père et de l'immeuble en question ; que lors de l'acquisition faite du dit immeuble par le dit défendeur, un certificat du régistrateur constate qu'il n'y avait aucun enregistrement de fait relativement au dit immeuble que les actes ci-dessus mentionnés, et qu'il n'y était fait aucune mention du testament de Pierre Jean Poitras ; que le défendeur a ainsi acquis de bonne foi le dit immeuble, en vertu d'un titre translatif de propriété.

Le testament avait été enregistré avant la confection du cadastre, mais l'enregistrement de ce testament n'avait pas été renouvelé.

Le défendeur dit qu'il a acquis du propriétaire véritable apparent au bureau d'enregistrement, et que les demandeurs, s'ils avaient des droits sur cet immeuble, les ont perdus vis-à-vis de lui, en ne faisant pas enregistrer leur titre.

Par un second plaidoyer subsidiaire le défendeur réclame des améliorations au montant de $500, et une somme de $480 payée pour taxes, etc., sur la propriété.

Comme on vient de le voir, le testament de Pierre Jean Poitras a été enregistré le 2 novembre 1853, mais son enregistrement n'a pas été renouvelé après la confection du cadastre. Le 7 octobre 1874, par acte devant C. H. Lamontagne, notaire, Roch Poitras, par son procureur, donna un

avis au régistrateur qu'il était le seul héritier de Pierre Jean Poitras, et que comme tel il se trouvait propriétaire du dit immeuble. Cet avis fut produit au bureau d'enregistrement de Montréal, le 8 octobre 1874. Le 7 octobre, c'est-à-dire le même jour que Roch Poitras fit cette déclaration, il vendit à Bédard l'immeuble dont il se disait ainsi propriétaire. Cet acte de vente et l'avis susdit furent enregistrés le même jour.

La question qui se présente en cette cause est de savoir si les droits des demandeurs ont été sauvegardés par l'enregistrement du testament de Pierre Jean *alias* Joseph Poitras, le 2 novembre 1853, et en supposant que l'enregistrement de ce testament ait été alors suffisant, si les demandeurs étaient tenus après la mise en force du cadastre, et dans les 2 ans de renouveler l'enregistrement de leur titre, c'est-à-dire du dit testament.

Voici quels sont les prétentions des demandeurs à ce sujet :

" Les défendeurs " disent les demandeurs, " ne peuvent repousser la demande des demandeurs en invoquant le défaut du renouvellement de l'enregistrement du titre des demandeurs, c'est-à-dire du testament de feu Pierre Jean *alias* Joseph Poitras, pour deux raisons principales :

1° Le renouvellement de l'enregistrement n'est pas nécessaire pour conserver les droits de propriété dans un immeuble.

Art. 2172, 2173, 2090, 2016 du Code Civil B. C.

23 Victoria, chap 59, sect. 37.

S. R. B. C., chap. 37, sections 77 et 78.

La Banque du Peuble *vs* Laporte, 19 Jurist, pages 66 et suivantes.

2° En supposant que le renouvellement d'enregistrement du titre des demandeurs eût été nécessaire, les défendeurs n'auraient pas le droit d'invoquer ce défaut d'enregistrement, parce qu'ils n'ont aucun droit, et par suite aucun intérêt dans l'immeuble revendiqué. Ils fondent leur droit sur un titre nul, en autant qu'il procède d'une personne qui n'a jamais eu aucun droit de propriété dans l'immeuble ; " Nemo plus

" juris ad alium transferre potest quam ipse habet." Roch Poitras, simple usufruitier de cet immeuble, n'a pas pu en transférer la propriété aux défendeurs.

Roch Poitras, nonobstant sa déclaration d'hérédité, n'était cependant qu'un héritier apparent, puisque le testament de son père qui le constitue simplement légataire en usufruit, est valable, inattaqué, en pleine force et vigueur.

Or, la vente faite par l'héritier apparent est nulle quant à l'héritier réel, comme étant la vente de la chose d'autrui.

Art. 1487, 1511, 1579 et 106 C. C. du B. C.

Art. 1599, Code Napoléon.

Troplong, des Hypothèques, tome I, n° 468 ; Vente, tome 2, n° 960.

Toullier, tome 4, n° 289 ; tome 7, n° 31 et tome 9, n° 541.

Grenier, Traité des hypothèques, tome I, p. 101.

Duranton, tome I, n° 559, 578.

Sirey, 1836, 2, 289, 290, 291, et note au bas de la page.

Sirey, 35, 2, 294.

Laurent, tome, 9, n° 561, 562, 563, 564, 565, 566.

Troplong, Vente, tome I, page 318, dit : " Celui qui vend " la nue propriété d'une chose dont il n'a que l'usufruit " vend la chose d'autrui," et au bas de la même page, n° 235, il dit : " L'effet de la nullité de la vente de la chose d'autrui, " c'est d'empêcher la propriété de passer sur la tête de l'a- " cheteur, c'est de l'obliger de rendre la chose au véritable " propriétaire, et de donner à celui-ci un droit de revendi- " cation." A la page 325, n° 238, il dit : " Voyons au profit " de qui s'ouvre l'action en nullité de la vente de la chose " d'autrui ; " au bas de la page, il ajoute ; " En ce qui tou- " che le propriétaire dont on usurpé les droits, on ne saurait " dire que l'action en nullité est ouverte en sa faveur. Car " ainsi que je le dirai au numéro suivant, il n'a pas même " besoin de cette action. Le contrat est pour lui *res inter alias* " *acta*, on ne peut le lui opposer. Il tombe de plein droit en " sa présence."

Voir aussi n° 239, vol. I, Vente, pages 326 et 327 de Troplong.

Le cas actuel ne saurait être assimilé à celui du vendeur qui vend successivement sa chose à deux acquéreurs. La vente est valide à l'égard du second acquéreur, si le premier n'a pas fait enregistrer son titre, parce que ce second acquéreur achète du véritable propriétaire aux yeux des tiers.

Mais ici, l'acte n'émane pas du véritable propriétaire; celui-ci a disposé de sa chose, par testament, et il n'en a pas disposé une seconde fois; et c'est précisément pour empêcher son héritier de vendre son bien qu'il en dispose lui-même par testament; c'est-à-dire que l'acte de l'héritier qui vend est un acte antipathique et contraire à la volonté du propriétaire.

L'enregistrement ne valide pas un titre nul, à l'encontre des droits du légitime propriétaire. (Voir vol. III, des Décisions Jud., B. C., page 310, et spécialement pages 363, 364 et 365.)

Le testament de Pierre Jean *alias* Joseph Poitras ne contient pas une substitution, puisque la nue propriété a été léguée aux héritiers Poitras qui vivaient lors du décès du testateur. La propriété n'est donc pas demeurée en suspens; les demandeurs ont été saisis de plein droit de la propriété des biens légués, mais à la condition de ne pouvoir en commencer la jouissance qu'au décès de Roch Poitras, le légataire en usufruit.

Les défendeurs n'ont aucun droit de rétention sur l'immeuble revendiqué. Ils n'ont acquis valablement que les droits de Roch Poitras dans l'immeuble, c'est-à-dire des droits d'usufruit. Tous les actes de vente le font voir; les différents vendeurs vendent leurs droits et prétentions dans l'immeuble, aucun d'eux ne réfère à ses titres de propriété. Les défendeurs ont d'ailleurs soutenu devant cette Cour que Roch Poitras ne leur avait vendu que l'usufruit, et qu'ils n'avaient acquis un titre valable qu'à l'usufruit.

S'ils étaient simplement usufruitiers, ils étaient tenus des réparations d'entretien, comme des impôts fonciers.

Voir Pothier, Domaine de propriété, vol. IX, page 344. (Edit. Bugnet.)

Proud'hon, du Domaine de propriété, vol. 2, n° 459, 460 et 554.

Filion *vs* de Beaujeu, 5 L. C. J., p. 128.

Laurent, vol. VI, pages 240 et 241.

Arrêt de Paris du 11 juillet 1851. (Dalloz, 1855.) Il est de principe que les fruits n'existent que déduction des charges.

Les défendeurs de leur côté disent :

L'article 2172 C. C. tel qu'amendé veut que dans les deux ans après la mise en force du Cadastre, l'enregistrement *de tout droit réel* doit être renouvelé, et l'article 2173 C. C. dit qu'à défaut de tel renouvellement, *les droits réels* conservés par le premier enregistrement n'ont aucun effet à l'égard des acquéreurs subséquents dont les droits sont régulièrement enregistrés.

Le code se sert des mots *droits réels*, or les *droits réels* comprennent les droits que les demandeurs en cette cause invoquent.

" 1° Le Code Civil tel que promulgué est la loi, et l'on ne peut aller au-delà pour modifier le sens des articles en invoquant les lois antérieures."

Acte d'Interprêtation de Québec, 1868."

" Cause de *Fraser* et *Abbott*. Jugement du Conseil Privé, 20 L. C. Jurist, p. 197, et plus particulièrement, p. 210."

2° Le demandeur qui intente une action hypothécaire ou pétitoire ne peut s'adresser qu'aux détenteurs inscrits au Bureau d'enregistrement."

" *Lalonde* et *Lynch*, en appel, 20 L. C. Jurist, p. 158."

La défenderesse Joséphine Beaudoin plaide qu'elle n'est pas propriétaire de l'immeuble dont il est question ; qu'elle a vendu tous ses droits dans cet immeuble à Charles James Craig, par acte passé devant Content, notaire, le 1 Juin 1878, et elle produit copie de cet acte de vente avec un certificat

d'enregistrement, et elle demande le renvoi de l'action des demandeurs.

Le défendeur N. C. Lalonde plaide aussi qu'il n'est propriétaire d'aucune partie de cet immeuble ; qu'il a vendu tous ses droits dans cet immeuble à C. F. Lalonde, par acte passé devant C. Archambault, notaire, le 17 octobre 1871, enregistré le 13 juillet 1878 ; et il produit copie de cet acte de vente, avec un certificat constatant son enregistrement ; et il demande aussi le renvoi de l'action des demandeurs.

Per curiam : Je crois que les demandeurs auraient dû prendre connaissance de ces actes de vente enregistrés, et qu'ils n'ont pas droit d'action contre les défendeurs Joséphine Beaudoin et Noël C. Lalonde, qui n'étaient pas propriétaires, et dont les actes de vente étaient enregistrés longtemps avant l'institution de la présente action. Je réfère à la cause de Lalonde, appelant *et* Lynch *et al.*, intimés, décidée en appel, à Montréal, le 18 février 1875, rapportée à la page 158 du 20e vol. du Juriste B. C., où la question a été virtuellement décidée.

Dans l'espèce actuelle, je considère qu'il y a substitution, quoique le testament se soit servi du terme d'*usufruit*, voir art. 928 C. C.

Lors du décès de Pierre Jean *alias* Joseph Poitras, le 24 octobre 1853, les actes portant substitution devaient être insinués, lus et publiés devant les tribunaux civils du Bas-Canada. Il ne paraît pas que ce testament ait été insinué.

Ce n'est que le 30 mai 1855, par la passation de l'acte 18 Victoria, que l'enregistrement fut substitué à l'insinuation.

L'enregistrement du testament fait le 2 novembre 1853, ne pouvait valoir comme insinuation, car la loi substituant l'enregistrement n'était pas encore en force, voir la cause de MacIntosh *et al.*, appelants, et Bell, intimé, C. B. R., Montréal, 9 juin 1868, 12 Jurist, B. C., p. 121.

Cet enregistrement n'était pas non plus suffisant pour se conformer au statut de 1855, vu qu'il n'a pas été fait dans le temps où cet enregistrement était permis. On ne peut suppo-

ser qu'on recherche au bureau l'enregistrement des substitutions avant le statut de 1855.

Mais en supposant que cet enregistrement puisse valoir, examinons la seconde question.

L'article 2172 C. C. tel qu'amendé par le Statut de Québec, 35 Victoria, ch. 16, s. 4, dit que dans les deux ans qui suivent la proclamation pour la mise en force des dispositions de l'article 2168, l'enregistrement de tout droit réel doit être renouvelé ; et l'artcle 2173 C. C., dit qu'à défaut de tel renouvellement, les droits réels conservés par le premièr enregistrement n'ont aucun effet à l'égard des acquéreurs subséquents dont les droits sont régulièrement enregistrés.

La prétention des défendeurs est en substance : *Les demandeurs avaient*, *par le testament de Pierre Jean alias Joseph Poitras*, *en date du* 9 *octobre* 1853, *enregistré le* 2 *novembre* 1853, *droit à la moitié du dit emplacement*, *comme étant les plus proches parents du dit Pierre Jean alias Joseph Poitras*, *lors du décès de Roch Poitras sans enfants*, *mais en ne faisant pas renouveler l'enregistrement du dit testament*, *dans les deux ans de la mise en force du Cadastre*, *ils ont perdu leurs droits à la moitié de cet immeuble vis-à vis de Louis Bédard et Charles Horace Lamontagne*, *qui ont fait enregistrer leur titre*, *le* 8 *octobre* 1874, *titre qu'ils tenaient de Roch Poitras qui a fait enregistrer une déclaration d'héritier le même jour*, 8 *octobre* 1874.

En d'autres termes, la législature a-t-elle voulu et entendu obliger le propriétaire à renouveler l'enregistrement de son titre, sous peine de déchéance de ses droits ?

Les articles 2172 et 2173 C. C. sont donnés comme étant de l'ancien droit, et ils contiennent un résumé de la section 77 du ch. 37 des Statuts Refondus du B. C., à laquelle ils réfèrent.

La sous-section 1 de la section 77, S. R. B. C., ch. 37, ne se sert pas des mots *droit réel*, mais dit : " *chaque hypothèque y enregistrée sera renouvelée*, et la sous-section 2 de la dite section 77 dit que si *aucune telle hypothèque* n'est pas ainsi renouvelée dans le délai fixé, elle n'aura aucun effet contre

tout acquéreur subséquent dont la réclamation a été enregistrée avant le renouvellement *de telle hypothèque.*

L'article 75 du Titre dix-huitième " De l'enregistrement des droits réels ", Rapports des Codificateurs 6 et 7, p. 206, dit que *l'enregistrement de toute hypothèque* doit être renouvelé, et l'article 76 dit qu'à défaut de tel renouvellement les *priviléges et hypothèques* conservés par le premier enregistrement n'ont aucun effet à l'égard des acquéreurs subséquents dont les droits sont régulièrement enregistrés.

Les Codificateurs ne font pas de remarque sur ces articles, et il faut croire qu'ils n'ont pas entendu changer les dispositions de la section 77 du ch. 37 des S. R. B. C. La législature, en promulguant le *Code civil du Bas-Canada*, ch. 41 des Statuts du Canada de 1865, intitulé : *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, n'a pas fait d'amendements aux rapports des Codificateurs à ce sujet, et comment se fait-il que dans le Code civil officiel nous trouvons les mots *droit réel* au lieu du mot *hypothèque*, ou des mots *priviléges et hypothèques.*

Nous trouvons plusieurs cas de divergences non autorisées entre la version officielle du Code et les rapports des Codificateurs, et c'est pour régulariser ces dispositions que la section 10 du chapitre 7 des Statuts de Québec de 1868, sanctionné le 24 février 1868, fut adopté décrétant que le Code Civil tel qu'imprimé avant l'Union par l'imprimeur de la Reine de la ci-devant province du Canada est la loi.

La section 77 du ch. 37 des S. R. B. C. est une reproduction de la section 37 du chapitre 59 des Statuts du Canada de 1860, 23 Victoria, qui se sert aussi du mot *hypothèque* au lieu des mots *droit réel* que contient le Code.

Devons-nous prendre la signification des mots *droit réel* dans le Code comme comprenant les droits de propriété, ou simplement comme signifiant les droits réels dont l'enregistrement devait être renouvelé en vertu des lois antérieures que le Code a prétendu reproduire. Dans la cause de La Banque du Peuple, appelante, et Laporte & *al.*, Intimés, la Cour d'appel siégeant à Montréal, a, le 21 septembre 1874 (Juriste,

B. C. vol. 19, p. 66) jugé que le renouvellement de l'enregistrement des droits réels requis par l'article 2172 C. C. ne s'applique qu'aux hypothèques ou charges sur les immeubles, et non aux droits de propriété.

Il s'agissait dans cette cause de La Banque du Peuple et Laporte d'une substitution, et je serais disposé à adopter les vues alors exprimées par le juge Taschereau qui a parlé pour la majorité de la Cour, s'il s'agissait d'un droit de propriété. Ce jugement a été prononcé par les juges Taschereau, Sanborn et Sicotte. Les juges Monk et Ramsay différaient. Le jugement en cour de première instance avait été rendu par l'honorable juge Beaudry, secrétaire de la Codification, et en faveur de leur opinion on peut dire qu'ils connaissaient mieux l'opinion des Codificateurs. Cependant comme je l'ai déjà remarqué, ce ne sont pas les Codificateurs qui ont fait ce changement, et partant ils n'ont pu exprimer leur opinion à cet égard, si ce n'est qu'ils ont pu faire ce changement après leur rapport fait, et avant l'impression du Code. Il ne faut pas perdre de vue non plus le fait que l'honorable juge en chef Dorion occupait comme procureur de La Banque du Peuple. Il est bien vrai que les procureurs sont tenus de supporter les droits de leurs clients, et je ne suis pas convaincu que l'honorable juge en chef dût maintenir sur le banc les opinions qu'il émettait pour sa cliente, devant la cour, cependant cela peut être une raison pour ne pas considérer cette décision comme établissant la jurisprudence.

On a cité la cause de Abbott et al. *vs* Fraser et al., jugée par le conseil privé, et rapportée à la page 197 du 20e vol. du Juriste, dans laquelle il a été jugé que lorsque le Code contient des règles complètes sur un sujet quelconque, on doit les suivre, et qu'elles ne peuvent être controlées par les lois antérieures. Je considère que le Code en se servant des mots *droits réels* a compris les droits des appelés à une substitution, et que l'intention de la loi a été qu'on pût constater, au bureau d'enregistrement, toutes les charges dont seraient grevés les immeubles ; or, le droit des appelés à une substi-

tution est une charge qui est comprise dans les termes du Code, et l'enregistrement en devait être renouvelé.

Jugement :— La Cour, après avoir entendu les parties par leurs avocats et procureurs respectifs, sur le mérite de la présente cause, avoir examiné tout le dossier de la procédure, et les pièces produites, duement considéré la preuve, et sur le tout mûrement délibéré.

Considérant que l'acte de vente de la moitié indivise de l'immeuble dont il est question en cette cause, consenti par la défenderesse Joséphine Beaudoin à Charles James Craig, et passé à Montréal, le premier juin mil huit cent soixante et dix-huit, devant Mtre Content, notaire, a été enregistré au bureau d'enregistrement de la division d'enregistrement de Montréal-Est, dans les limites de laquelle se trouve situé le dit immeuble, le vingt-huit juin, mil huit cent soixante-et-dix-huit ; que l'acte de vente de la moitié indivise de l'immeuble dont il est question en cette cause consenti par Noël Chrysologue Lalonde, et passé à Montréal, le dix-sept octobre mil huit cent soixante et dix-sept, devant Mtre Geo. A. Hughes, notaire, a été enregistré au bureau d'enregistrement de la dite division d'enregistrement de Montréal-Est, le treize juillet mil huit cent soixante et dix-huit, que les demandeurs pouvaient et même auraient dû prendre connaissance des dits actes de vente, qui ont été rendus publics par leur enregistrement, avant d'instituer la présente action, et que l'action des dits demandeurs est mal fondée quant aux dits defendeurs Joséphine Beaudoin et Noël Chrysologue Lalonde.

Considérant que par son testament solennel, passé à Montréal, le neuf octobre mil huit cent cinquante-trois, devant L. Martin, notaire, Pierre Jean *alias* Joseph Poitras, un des trois enfants de Joseph Poitras et de Rosalie Dubuc, fit la disposition suivante : Je donne et lègue à Roch Poitras, mon fils naturel, carossier de la cité de Montréal, avec lequel je demeure actuellement, la jouissance et l'usufruit, sa vie durante seulement, de ma maison en briques à deux étages, sur le niveau de la grande rue St. Laurent, de cette dite cité,

avec ses circonstances et dépendances, et l'emplacement sur lequel la dite maison se trouve érigée, pour du tout en jouir, par le dit Roch Poitras, mon fils naturel, en bon père de famille, sa vie durante, et aussitôt son décès, je donne et lègue le dit emplacement, avec ses circonstances et dépendances, en pleine propriété, aux enfants à naître en légitime mariage du dit Roch Poitras ; à défaut d'enfants, ce dernier pourra disposer par testament de la moitié indivise du dit emplacement et de ses dépendances en faveur de qui bon lui semblera. Et l'autre moitié du dit emplacement et de ses dépendances sera, en ce dernier cas seulement, reversible à mes plus proches parents.

Considérant qu'il est prouvé que le dit Pierre Jean *alias* Joseph Poitras est décédé le vingt-quatre octobre mil huit cent cinquante-trois ; que son dit testament a été enregistré le deux novembre mil huit cent cinquante-trois, et que le dit Roch Poitras prit aussitôt possession du dit immeuble qui est le même que celui dont les demandeurs réclament la moitié par la présente action.

Considérant que la disposition susdite du dit testament contient une substitution, et que les demandeurs en cette cause sont les appelés à la dite substitution.

Considérant qu'avant l'ouverture de la substitution, la propriété appartient au grevé, jusqu'à ce que la condition dont le fidéicommis dépend soit arrivée.

Considérant que lors du décès de Pierre Jean *alias* Joseph Poitras, le testateur ci-dessus mentionné, les actes portant substitution devaient être insinués, lus et publiés devant les tribunaux civils du Bas-Canada et qu'il n'est pas prouvé que le dit testament du dit Pierre Jean *alias* Joseph Poitras ait ainsi été lu et publié.

Considérant que par le chapitre 101 des Statuts du Canada de 1855, 18 Victoria, sanctionné le 30 mai 1855, l'enregistrement des actes portant substitution dans les bureaux d'hypothèques, dans la circonscription desquels seraient les immeubles substitués, fût substitué à la lecture et publication.

devant les tribunaux civils du Bas-Canada, et à leur insinuation ou transcription dans les registres des cours.

Considérant que l'enregistrement du dit testament fait comme susdit, le deux novembre mil huit cent cinquante-trois, avant la passation du dit statut, n'a pas eu l'effet de remplacer la dite insinuation qui était alors obligatoire. (MacIntosh & *al.* appelants et Bell, Intimé, C. B. R. Montréal, 9 juin 1868, 12 Juriste B. C. p. 121).

Considérant que le dit testament ne paraît pas avoir été enregistré au bureau d'enregistrement, dans la circonscription duquel est l'immeuble en question, après la passation du dit statut.

Considérant que l'article 938 du Code Civil, contenant les dispositions du droit en force lors de la promulgation du Code, décrète que le défaut d'enregistrement de la substitution opère en faveur des tiers au préjudice des appelés, sans qu'il y ait lieu à restitution, sauf leur recours contre ceux qui étaient tenus de la faire enregistrer.

Considérant que l'acquisition faite du dit immeuble par le défendeur, Charles Ferdinand Lalonde, a eu lieu après la mise en force du Code Civil, et que par l'article 2085 du Code Civil, la connaissance acquise d'un droit non enregistré, appartenant à un tiers et soumis à la formalité de l'enregistrement, ne peut préjudicier aux droits de celui qui a acquis pour valeur, en vertu d'un titre dûment enregistré ; que les titres du défendeur, qui paraît avoir acquis pour valeur, ont été dûment enregistrés, et que la connaissance qu'il a pu avoir du droit des demandeurs ne peut lui préjudicier.

Considérant qu'en supposant même que l'enregistrement de la dite substitution, fait le deux novembre mil huit cent cinquante-trois, pût être considéré comme une publication et insinuation légale de la dite substitution, cet enregistrement ne paraît pas avoir été renouvelé, conformément aux dispositions de l'article 2172 du Code Civil, tel qu'amendé par le Statut de Québec, 35 Victoria, ch. 16, section 4, dans les deux ans à compter du premier septembre mil huit cent

soixante-et-dix, date de la mise en force des dispositions de l'article 2168 du Code Civil, dans la circonscription d'enregistrement de Montréal, relativement au quartier St. Laurent, où est situé le dit immeuble, par la proclamation du Lieutenant Gouverneur en Conseil de la Province de Québec, en date du 21 juin 1870, publiée dans la Gazette officielle de Québec le 25 juin 1870.

Considérant que par le dit article 2172 du Code Civil tel qu'amendé, dans les deux ans qui suivent la proclamation pour la mise en force des dispositions de l'article 2168 du Code Civil, dans une circonscription d'enregistrement, l'enregistrement de tout droit réel sur un lot de terre compris dans cette circonscription y doit être renouvelé, et que l'article 2173 du dit Code décrète qu'à défaut de tel renouvellement, les droits réels conservés par le premier enregistrement n'ont aucun effet à l'égard des acquéreurs subséquents dont les droits sont régulièrement enregistrés.

Considérant que cet article 2172 du dit Code exige le renouvellement de toutes les charges dont sont affectés les immeubles, afin que toutes les charges qui devaient être constatées au bureau d'enregistrement avant la mise en force du Cadastre puissent l'être de la même manière après les deux ans de la mise en force des dites dispositions de l'article 2168, et que les droits des appelés à une substitution, avant son ouverture, sont compris dans les termes *droit réel* des dits articles 2172 et 2173 du Code Civil.

Considérant que dans l'acte de vente consenti par Roch Poitras, agissant par son procureur, à Louis Bédard et Charles Horace Lamontagne, passé à Montréal, devant C. Archambeault, notaire, le dit Roch Poitras déclare que le terrain vendu lui appartient pour l'avoir eu au moyen de la succession de feu Joseph Poitras, son père, mais que cependant par cet acte il n'en a pas moins transporté tous les droits qu'il avait dans cet immeuble, à quelque titre que ce soit, et que les droits qui lui appartenaient en vertu du dit testament furent cédés par le dit acte.

[ARTICLE 2169.]

Considérant que l'action des dits demandeurs est aussi mal fondée quant au défendeur Charles Ferdinand Lalonde.

A maintenue et maintient les défenses des dits défendeurs, et a renvoyé et renvoie l'action des dits demandeurs, avec dépens distraits à Messieurs R. et L. Laflamme, avocats des défendeurs.

2169. Le dépôt des plans et livres de renvoi primitifs dans une circonscription d'enregistrement est annoncé par proclamation du gouverneur en conseil, fixant en même temps le jour auquel les dispositions de l'article 2168 y deviendront en force.

2169. The deposit of the original plans and books of reference in any registration division is declared by a proclamation from the Governor in Council, fixing at the same time the day on which the provisions of article 2168 shall come into force therein.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 75. } Aussitôt que les plans et les Livres de Renvois, quant à aucun comté ou division d'enregistrement, auront été déposés comme ci-dessus, dans le bureau du régistrateur, le gouverneur en conseil pourra le faire connaître par proclamation ; et à partir du jour nommé pour cet objet dans telle proclamation, mais pas avant, la section qui précède sera en force dans tel comté ou division d'enregistrement, et quant aux immeubles qui s'y trouvent situés ; et aussitôt que ces plans et Livres de Renvois auront été déposés, le régistrateur commencera et préparera son index des immeubles. 23 V. c. 59, s. 35.

St. de Québec, 32 *Vict., ch.* 25, *s.* 6. } Amend. — *L'acte Q.* 32 *Vict., c.* 25, *s.* 6, *contient ce qui suit :*

Le Commissaire des terres de la Couronne pourra faire

publier dans la *Gazette Officielle* de Québec le livre de renvoi d'une localité ou de chaque localité comprise dans une circonscription d'enregistrement, et toute copie imprimée et publiée dans la dite gazette fera preuve et aura le même effet que l'original du dit livre de renvoi.

2170. A compter de ce dépôt le régistrateur doit préparer l'index mentionné en second lieu dans l'article 2161.

2170. The registrar so soon as such deposit has been made, must prepare the index to immoveables mentioned in the second place in article 2161.

2171. A compter de l'époque fixée dans telle proclamation, le régistrateur doit faire l'index des immeubles et le continuer jour par jour en inscrivant sous chaque numéro de lot indiqué séparément au plan et au livre de renvoi, un renvoi à chaque entrée faite subséquemment dans les autres livres et registres, affectant tel lot, de manière à mettre toute personne en état de constater facilement toutes les entrées faites subséquemment concernant ce lot.

2171. From and after the day appointed by such proclamation the registrar must, from day to day, make up and continue the index to immoveables by entering under the number of each lot separately designated upon the plan and book of reference a reference to each entry thereafter made in the other books and registers affecting such lot, so as to enable any person easily to ascertain all the entries concerning it made after that time.

Sts. R. B. C., ch. 37, *s.* 76. } A partir du jour nommé dans telle proclamation, comme étant celui auquel la soixante-quatorzième section s'appliquera à aucun comté ou division d'enregistrement, le régistrateur fera et dressera régulièrement, jour par jour, l'index des immeubles, inscrivant sous chaque lot ou lopin de terre, mentionné séparément sur aucun plan ou dans aucun Livre de Renvoi, déposé dans son bureau, un renvoi à chaque entrée faite subséquemment dans ses autres livres affectant tel lot ou tel lopin de terre, de manière à le mettre en état ou toute autre personne, de constater facilement toutes les entrées l'affectant, faites subséquemment ; et pour aucune désobéissance ou négligence de se conformer aux dispositions de la présente section, le régistrateur encourra une amende de cent piastres, outre toute autre punition ou responsabilité à laquelle il peut être soumis en conséquence. 23 V. c. 59, s. 36.

---

8 *Revue Légale, p.* 199, *Montizambert et Dumontier, C. d'Appel, Québec*, 1877. } Jugé : Que la disposition de la clause 76 du chap. 37 des Statuts Refondus du Bas-Canada, imposant une pénalité de $100 à tout régistrateur qui aurait négligé de se conformer aux exigences de cette clause, n'est plus en vigueur.

Moyens de l'Appelant : — Le vingt-deux juillet 1874, l'intimé poursuivant comme plaignant par une action *qui tam*, institua une action contre l'appelant, le Régistrateur du comté de Québec, pour recouvrer la somme de $100 comme pénalité pour désobéissance aux exigences de la loi.

La déclaration allègue que les plans officiels et les livres de renvoi du quartier Saint-Roch de la Cité de Québec (compris dans la circonscription d'enregistrement de Québec) avaient été déposés au Bureau d'Enregistrement de la division de Québec, conformément à l'article 2166 du Code Civil, depuis le trois Septembre 1870. Qu'une proclamation du Lieutenant-Gouverneur en conseil fut alors émanée, en date du trois septembre 1870, et publiée dans la *Gazette Officielle*

le même jour, donnant avis, suivant l'article 2169 du Code Civil, que les susdits plans et livres de renvois du quartier Saint-Roch avaient été déposés comme l'exige l'article 2168 du Code, et deviendraient en force le 1er octobre suivant. Et la déclaration continue comme suit :

" Qu'à dater de l'époque fixée dans la dite proclamation, savoir : du premier octobre mil huit cent soixante-dix, le dit défendeur, en sa qualité de Régistrateur de la circonscription d'enregistrement de Québec, était tenu par la loi de faire l'index des immeubles du dit quartier Saint-Roch, et de le continuer jour par jour en inscrivant, sous chaque numéro de lot indiqué séparément aux dits plans et livres de renvois, un renvoi à chaque entrée faite subséquemment dans les autres livres et registres affectant tel lot, de manière à mettre toute personne en état de constater facilement toutes les entrées faites subséquemment concernant ce lot ; et que pour aucune désobéissance ou négligence de se conformer à la dite loi et de remplir la dite obligation de faire le dit index des dits immeubles, le dit défendeur encourt une amende de cent piastres ; que de fait le dit défendeur n'a pas même encore commencé l'index des immeubles pour le dit quartier Saint-Roch de la Cité de Québec, tel que prescrit à lui par la section soixante-seize du chapitre trente-sept des Statuts Refondus du Bas-Canada ; qu'il refuse et néglige encore de remplir la dite obligation, au grand dommage du public, et qu'il a ainsi encouru une amende de cent piastres, que le dit demandeur a droit de réclamer de lui en justice, tant pour lui qu'au nom de Notre Souveraine Dame la Reine." Alors la déclaration conclut à une pénalité de cent dollars, devant échoir la moitié à l'accusant et l'autre moitié à la Couronne.

L'appelant a plaidé généralement et la preuve ayant été faite pour faire voir la nature de l'index tenu au Bureau d'enregistrement, la Cour, le 8 septembre, 1875, prononça le jugement suivant :

" La Cour ayant examiné la procédure et la preuve de

record, et entendu les parties par leurs avocats respectifs finalement au mérite ;

"Considérant que le défendeur était, le vingt-deuxième jour de juillet mil huit cent soixante-quatorze, et a constamment été depuis, et dès avant le troisième jour de septembre mil huit cent soixante-dix, Régistrateur pour la division d'enregistrement de Québec ; que les plans et livres de la Cité de Québec, dans la dite division d'enregistrement, ont été déposés suivant la loi avant la date en second lieu mentionnée, et à laquelle il fut, par proclamation du Lieutenant-Gouverneur, donné avis que les dispositions de l'article 2168 du Code Civil deviendrait en force pour le quartier Saint-Roch le premier jour d'octobre alors prochain.

"Considérant que le défendeur n'a pas, depuis cette dernière date jusqu'à celle de l'institution de l'acte en cette cause, fait l'index des immeubles du dit quartier Saint-Roch, dans la dite Cité de Québec, et qu'il ne l'a pas continué jour par jour, en inscrivant sous chaque numéro de lot indiqué séparément au plan et au livre de renvoi, un renvoi à chaque entrée faite subséquemment dans les autres livres ou registres, affectant tel lot, de manière à mettre toute personne en état de connaître facilement toutes les entrées faites subséquemment consernant ce lot : et que par cette désobéissance à la loi et cette négligence à se conformer à ses dispositions sous ce rapport, le dit défendeur a encouru une amende de cent piastres, dont le demandeur poursuit recouvrement tant pour lui que pour la Couronne ; le dit défendeur est condammé à payer cent piastres de pénalité, dont moitié à la Couronne et moitié au demandeur, et est en outre condamné à payer au demandeur ses frais et dépens en cette cause."

La première question que l'appelant soumet à la considération de la Cour, est de savoir s'il existe une loi en force qui impose une pénalité au Régistrateur pour défaut de garder un index tel que requis par la loi.

On observe que dans sa déclaration l'intimé réfère à l'ar-

ticle 2166 du Code, pour la loi qui pourvoit à ce que le commissaire des terrains de la Couronne, fasse et dépose au Bureau d'Enregistrement les livres de renvois et les plans qui sont requis pour perfectionner le système d'enregisment ; à l'article 2168, pour la loi qui pourvoit à l'effet général produit sur le public par tel dépôt, et à l'article 2169, pour la loi pourvoyant à la proclamation du Lieutenant-Gouverneur, qui met la loi en force, mais quand il réfère à l'index que le Régistrateur est tenu de garder et la pénalité encourue par défaut de ce faire, il s'en rapporte à la section 76 du chapitre 37 de Statuts Refondus du Bas-Canada, laquelle section est conçue de ces termes : " A partir du jour nommé dans telle proclamation, comme étant celui auquel la soixante et quatorzième section s'appliquera à aucun comté ou division d'enregistrement le Régistrateur fera et dressera régulièrement, jour par jour l'index des immeubles inscrivant sous chaque lot ou lopin de terre, mentionné séparément sur aucun plan ou dans aucun livre de renvoi déposé dans son bureau, un renvoi à chaque entrée faite subséquemment dans ses autres, livres affectant tel lot ou tel lopin de terre de manière à le mettre en état ou toute autre personne de constater facilement toutes les entrées, l'affectant, faites subséquemment ; et pour aucune désobéissance ou négligence de se conformer aux dispositions de la présente section, le Régistrateur encourra une amende de cent piastres, outre toute autre punition ou responsabilité à laquelle il peut être soumis, en conséquence ; "

C'est spécifiquement sous cette section et pour désobéissance aux termes qu'elle comporte, que la présence action a été intentée ; mais de fait cette section n'est plus en force, ayant été abrogée par l'article 2171 du Code, qui dit : " qu'à compter de l'époque fixée dans telle proclamation, le Régistrateur doit faire l'index des immeubles et le continuer jour par jour en inscrivant sous chaque nnméro le lot indiqué séparément au plan et au livre de renvoi, un renvoi à chaque entrée faite subséquemment, dans les autres livres et ré-

gistres, affectant tel lot de manière à mettre toute personne en état de constater facilement toutes les entrées faites subséquemment, concernant ce lot. On ne peut dire que cet article ne pourvoit pas expressément à la matière particulière à laquelle se rapporte la section 76 du chapitre 37 des Statuts Refondus du Bas-Canada et sur ce voici ce que dit l'important article 2613 du Code Civil ; " Les lois en force, lors de la mise en force de ce Code, sont abrogées, dans les cas : Où il contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet : ou elles sont contraires ou incompatibles avec quelques dispositions qu'il contient ; où il contient une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois." Il est donc clair que la section sur laquelle la présente action est fondée n'existe plus, mais qu'elle a été abrogée ou répétée par le Code. Comme le Code ne pourvoit à aucune pénalité, pour la violation de cette section il s'ensuit qu'aucune pénalité ne peut plus être imposée. On peut dire, que comme le Code ne pourvoit à aucune pénalité que la dernière partie de la clause 76 laisse irrévoquée, cet argument ne peut, en aucune manière être de quelque poids, mais la pénalité est imposée pour toute désobéissance ou négigence aux exigences de cette section, et si la section est révoquée il ne reste plus rien à quoi puisse s'appliquer la pénalité.

On a prétendu plus loin que comme c'était un procédé criminel, la loi doit être strictement interprétée en faveur de l'accusé, et que la Cour ne peut nullement suppléer aux omissions qui se rencontrent dans la loi. La seconde question présentée à la considération de la Cour, si toutefois celle-ci juge nécessaire d'en faire l'examen, est de savoir si la loi telle que contenue dans l'article 2168 du Code peut être mise en opération pour un quartier d'une ville, formant seulement partie d'une division d'enregistrement, tels sont les mots de cet article : " Après que copie des plans et livres de renvoi a été déposé dans un bureau d'enregistrement pour toute sa circonscription ; " maintenant dans ce cas on ne

prétend pas qu'une copie des plans pour toute la circonscription de la division d'enregistrement de Québec, dont le quartier Saint-Roch forme partie, a été déposée, quand on allègue que le Régistrateur a manqué de se conformer aux dispositions de la loi. Le savant juge de la Cour Inférieure, ayant décidé que, l'index tenu par le Régistrateur n'était pas tel qu'exigé par la loi, l'appelant eut, aussitôt qu'il le pourrait après le jugement rendu à faire préparer des livres et à faire commencer un index, conformément au règlement de la Cour.

Il soumet respectueusement qu'il a été illégalement condamné à une pénalité et demande d'en être relevé.

Moyens de l'Intimé.— Le présent Appel est d'un jugement rendu contre l'appelant par la Cour Supérieure siégeant à à Québec le 8 septembre 1875. Voici en peu de mots la nature de cette cause et les faits qui lui ont donné origine.

Depuis un grand nombre d'années, dix ans et plus, l'appelant est le Régistrateur de la division d'enregistrement de Québec. Les devoirs que cette charge lui impose sont fixés par plusieurs statuts passés avant et depuis la mise en force du Code Civil, et par le code civil lui-même. C'est en recouvrement d'une pénalité de $100 par lui encourue pour refus et négligence de remplir l'un de ces devoirs que l'action en cette cause a été instituée.

L'intimé allègue dans sa déclaration : Que l'appelant est le Régistrateur de la division d'enregistrement de Québec ;— que depuis, dès avant le 3 septembre 1870, copies des plans et des livres de renvois officiels pour le quartier Saint-Roch de la Cité de Québec, compris dans la circonscription d'enregistrement de Québec, ont été déposés au bureau d'enregistrement, tenu par l'appelant, conformément à l'art. du Code Civil ; qu'avis de ce dépôt a été dûment donné le 3 septembre 1870, suivant l'art. 2169 du dit Code Civil, et que les dispositions de l'art. 2168 du dit Code deviendrait en force pour le dit quartier le 1er octobre 1870 ;—qu'à dater de cette dernière époque, l'appelant, en sa dite qualité, était tenu de faire

et continuer jour par jour l'*Index des Immeubles* pour le dit quartier Saint-Roch, suivant les dispositions de l'art. 2171 du Code Civil ;—qu'à la date de l'institution de l'action, le 22 juillet 1874, l'appelant n'a pas même commencé à tenir le dit index, et que par cette négligence de son devoir sur ce point, il a encouru, d'après les dispositions de la 76e section du ch. 37 des Statuts Refondus du Bas-Canada, une pénalité de $100 pour laquelle l'intimé demande jugement.

L'appelant rencontra cette demande par une simple *défense en faits.* A l'enquête. il essaya de prouver qu'il avait rempli son devoir et tenu l'*Index* en question, et à l'audition au mérite, ce fut à ce point que se borna la plaidoirie de ses procureurs. Devant la preuve complète qui se trouve au dossier, et qui établit sans réplique tous les faits de la déclaration, la Cour Supérieure n'a pu hésiter longtemps ; elle a donné jugement à l'intimé.

L'appelant n'a pas d'abord paru trop mécontent de cette décision. A la première apparition de l'huissier porteur du bref de saisie, il s'est empressé de payer les frais et les $50 revenant à l'intimé. La Couronne nous avait ordonné d'attendre pour la part qui lui revient dans la condamnation : nous avons attendu.

L'appelant paraissait tout heureux de s'en tirer à si bon marché. Il croyait, au moyen de ce jugement, en être quitte avec l'*Index* et l'article 2171 du Code Civil. Une nouvelle poursuite de même nature est venue le ramener au sentiment de la situation, lui faire méditer la législation qui le concerne, et le décider à tenter encore une fois la fortune de la guerre. De là le présent appel.

Toutes les raisons que peut fournir l'appelant contre le jugement dont il se plaint se résument à celle-ci : la sect. 76, ch. 37, S. R. B. C., est abolie, et pour le prouver, il dit : L'art. 2171 du Code Civil reproduit la sect. 76, mais elle ne parle pas de la pénalité. Donc en vertu de l'art. 2613 du Code Civil, cette section 76 du statut est rappelée, et il n'y a plus de pénalité.

Il ajoutera probablement un autre argument que voici : La sect. 75 du Statut, reproduite par l'art. 2169 du Code Civil, suppose que les plans et livres de renvoi de toute la circonscription d'enregistrement sont faits et déposés avant que commence l'obligation imposée par la sect. 76 du Statut, art. 2171 du Code. Or l'intimé n'allègue la confection et le dépôt des plans que pour une partie de la division d'enregistrement. Donc le Régistrateur est encore à temps pour faire l'index, et n'a pas encouru la pénalité.

Ni l'une ni l'autre de ces raisons n'est satisfaisante. Nous allons essayer de la prouver.

Nous dirons en premier lieu que la pénalité édictée par la sect. 76 du statut n'a jamais été rappelée et subsiste encore. Et voici quelques-unes des raisons qui peuvent servir à le prouver.

Le législateur en promulgant le Code Civil, n'a pas entendu dire que le chapitre qu'il consacre à l'organisation des bureaux d'enregistrement depuis l'art. 2158 à l'art. 2182, comprendrait toute la législation sur cette matière, et que toute la loi antérieure non reproduite au Code sur ce sujet était abolie par là même. Un grand nombre de dispositions relatives à l'enregistrement et dont le code ne dit rien, subsistent encore. Les codificateurs, dans la confection du code, se sont tenus autant que possible dans les limites qui lui étaient indiquée par le titre même de leur ouvrage ; ils ont dit quel était notre *droit civil*, et dans les matières complexes, ils s'en sont tenus à leur cadre en élaguant ce qui leur était étranger. Pour n'en donner qu'un exemple, dans toutes les questions qui se rattachent à la procédure, ils se contentent de référer au chef-d'œuvre qui n'existait pas alors et que depuis l'on a connu sous le nom de Code de Procédure Civile. Avec bien plus de raison encore, les codificateurs ont-ils évité de mêler du droit pénal ou administratif au droit civil et sans vouloir en aucune manière abroger ce qu'ils ne copiaient pas dans nos lois souvent si complexes, ils prenaient ce qui convenaient à leur sujet, et pour le reste référaient

aux sources. C'est ce qu'ils ont fait à propos de l'organisation des bureaux d'enregistrement, et c'est écrit en toutes lettres à l'art. 2165. Ceci résulte aussi clairement de l'art. 2159 qui parle spécialement de pénalités imposées par la loi, sans dire quelles elles sont. Les lois qui promulguent ces pénalités ne sont donc pas abolies. C'était bien là l'intention des codificateurs ; mais pour ôter tout doute, la législature a ajouté l'art. 2195 qu'on ne trouve pas au projet du code. En référant au projet du Code, vol. III, page 206, art. 72, on trouve la loi telle qu'elle existait alors, mais la clause pénale est omise. Est-ce à dire qu'elle est abolie ? pas du tout. Les codificateurs n'en parlent pas parce que ce n'est pas leur affaire, et le législateur en a fait autant.

Voilà pourquoi on ne trouve pas au Code Civil la disposition que voudrait y voir l'appelant. Le législateur n'en a rien dit. Il s'est contenté non pas de modifier, d'abroger la sect. 76, il l'a reproduite textuellement, et quand à la sanction pénale de cette section 76, comme c'est du droit pénal, il n'en a rien dit c'est-à-dire qu'il l'a laissée en force. Que l'on arrange l'art. 2171 comme l'on voudra, on ne pourra le combiner avec l'art. 2613 et l'on restera toujours avec l'art. 2165 qui est général et positif.

Nous en concluons : 1o. que la sect. 76 du statut n'a pas été rappelée, mais continuée par l'art. 2171 ; 2o. que la sanction pénale de la sect. 76 s'applique encore à l'obligation imposée par la sect. 76 continuée dans l'art. 2171. Autrement les arts. 2159 et 2165 ne signifient rien.

Si ce raisonnement laissait encore des doutes dans l'esprit de quelqu'un, nous lui dirons qu'en principe général, toute loi a sa sanction, et que sans la sanction, la loi est une formule ridicule et impuissante. Or l'appelant, par sa manière d'interpréter suppose que la législature a aboli une bonne loi, revêtue d'une excellente sanction, et l'a remplacée par la même loi dépourvue de toute sanction. Ça aurait été bien de la peine à prendre pour arriver à un si beau résultat. Toute interprétation qui conduit à l'absurde est mauvaise.

Il faut avant de chercher ce que signifie la loi, commencer par admettre que le législateur a le sens commun.

Notre réponse à la deuxième objection sera plus courte encore, et non moins concluante.

Pour s'en convaincre, référons à la sect. 5 du ch. 25, des Statuts de Québec, 32 Victoria. Ce texte étend à toute partie d'une division d'enregistrement les dispositions des arts. 2166 du Code Civil, et du ch. 37 des Statuts Refondus du Bas-Canada. L'objection est donc sans fondement.

Ce texte, postérieure au Code Civil, prouve de plus que le ch. 37 du S. R. B. C. subsiste encore. Pourtant, il est reproduit au Code presque textuellement.

Cette cause présente une question nouvelle, et de la plus haute importance pour le public. Il s'agit de savoir si le public paiera les dépenses de confection des cadastres sans profit, si sur ce sujet, nous serons laissés au désintéressement des Régistrateurs ou au bon vouloir de l'Exécutif. Heureusement, il ne se présente ici aucune difficulté sérieuse, et la solution est facile à trouver. Qu'elle soit conforme à la loi et à l'intérêt public, et nous avons lieu de croire que le jugement dont est appel sera confirmé.

JUGEMENT :—La Cour après avoir entendu les parties par leurs avocats respectifs sur le mérite examiné tant le dossier de la procédure en Cour de première instance que les Griefs d'Appel produits par le dit appelant et des Réponses à iceux et sur le tout mûrement délibéré :

Considérant que les dispositions contenues dans les clauses 74, 75 et 76 du ch. 37 des Statuts Refondus du Bas-Canada relativement au dépôt des plans et livres de renvois officiels dans chaque circonscription d'enregistrement et à l'obligation imposée à chaque Régistrateur de tenir jour par jour un index d'après les numéros de chaque immeuble désigné aux dits plans et livres de renvois officiels à compter du jour fixé par proclamation du Lieutenant-Gouverneur ont été abrogés en vertu de l'article 2613 du Code Civil du Bas-Canada par

[ARTICLE 2172.]

les dispositions expresses sur le même sujet contenues dans les articles 2168, 2169, 2170, 2171 du même code.

Et considérant que la disposition contenue dans la clause 76 du chapitre 37 des Statuts Refondus du Bas-Canada imposant une pénalité de cent piastres à tout Régistrateur qui aurait négligé de se conformer aux exigences de cette clause n'a pas été renouvelée soit dans le Code Civil ou dans aucune autre disposition législative subséquente, et que cette pénalité ne peut s'appliquer aux Régistrateurs qui négligeraient de se conformer aux dispositions du Code qui sont postérieures à ce statut.

Et considérant que l'appelant ne pouvait être condamné à payer cette pénalité de cent piastres pour n'avoir pas fait l'index qu'il devait tenir en vertu de l'article 2171 du Code Civil.

Et considérant qu'il y a erreur dans le jugement rendu par la Cour Supérieure.

2172. Dans les dix-huit mois qui suivent la proclamation du gouverneur pour la mise en force des dispositions de l'article 2168 dans une circonscription d'enregistrement, l'enregistrement de tout droit réel sur un lot de terre compris dans cette circonscription y doit être renouvelé au moyen de la transcription, dans le livre tenu à cet effet, d'un avis désignant l'immeuble affecté en la manière prescrite en l'article 2168, en

2172. Within eighteen months after the governor's proclamation bringing the provisions of article 2168 into force in any registration division, the registration of any real right upon any lot of land within such division must be renewed by means of the registry at length, in the book kept for that purpose, of a notice describing the immoveable affected, in the manner prescribed in article 2168 and conforming to the

observant les autres formalités prescrites en l'article 2131 pour le renouvellement ordinaire de l'enregistrement des hypothèques.

Il est tenu un index des livres employés à la transcription de l'avis mentionné au présent article, de la même manière que l'index mentionné en l'article 2131.

other formalities prescribed in article 2131 for the ordinary renewal of the registration of hypothecs.

An index must be kept for the books used for the registration of the notices mentioned in this article, in the same manner as the index mentioned in article 2131.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 49-50-77-78.

49. L'enregistrement de tout privilége ou hypothèque pourra être renouvelé en aucun temps, et de temps à autre, en remettant au régistrateur du comté ou de la division d'enregistrement dans laquelle se trouve situé l'immeuble grevé de telle hypothèque, un avis conforme à la cédule P du présent acte ou au même effet, et tel avis devra suffisamment spécifier et décrire le dit immeuble et être fait en la manière voulue relativement à l'avis mentionné dans la dernière section précédente, par les mêmes parties, et sujet aux mêmes conditions :

2. Tel avis devra aussi faire mention du nom de la personne en possession, à cette date,de l'immeuble qui fait le sujet de tel avis, et il sera enregistré dans un livre qui sera tenu à cet effet par le régistrateur, et le volume et la page, sur lesquels il sera enregistré, seront indiqués sur la marge de l'enregistrement originaire de l'hypothèque même ;

3. Tel renouvellement d'enregistrement n'interrompra pas la prescription de l'hypothèque à laquelle il a trait, et s'il est erronnément fait il sera sujet à radiation de la même

manière que l'enregistrement originaire d'une hypothèque. 23 V. c. 59, s. 20.

50. Un index des livres employés à l'enregistrement des avis conformément aux deux dernières sections précédentes, respectivement, sera fait et tenu journellement par les régistrateurs, et tout tel avis sera entré dans l'index sous le nom de la personne en faveur de laquelle l'hypothèque existe,—sous le nom de la personne contre qui elle subsiste,—et sous celui du propriétaire de l'immeuble tel que mentionné dans l'avis. 23 V. c. 59, s. 21.

77. Dans les dix-huit mois qui suivront le jour fixé dans toute proclamation comme le jour auquel la soixante-quatorzième section s'appliquera à tout comté ou division d'enregistrement, chaque hypothèque y enregistrée sera renouvelée en la manière prescrite par la quarante-neuvième section ; et la description de la propriété dans l'avis de tel renouvellement renverra aux plans et Livres de Renvois tenus en vertu du présent acte, dans le bureau d'enregistrement de tel comté ou division d'enregistrement, et contiendra sur la propriété grevée de telte hypothèque les détails requis par la soixante-quatorzième section :

2. Et si aucune telle hypothèque, comme il est dit plus haut, n'est pas ainsi renouvelée dans le délai ci-dessus fixé, elle n'aura aucun effet contre tout acquéreur ou créancier hypothécaire subséquent sur valable considération, soit avec ou sans avis, dont la réclamation a été enregistrée avant le renouvellement de telle hypothèque comme susdit, en la manière requise par le présent acte ; et la proclamation en premier lieu mentionnée dans cette section invitera toutes personnes ayant des hypothèques enregistrées dans le comté ou la division d'enregistrement auquel elle se rapporte, de les renouveler dans le délai fixé par la présente section, à peine de perdre la priorité conférée par le présent. 23 V. c. 59, s. 37.

78. Le renouvellement d'une hypothèque en vertu du présent acte sera toujours fait dans le comté ou la division d'en-

registrement dans laquelle la propriété grevée de telle hypothèque sera située au moment du renouvellement,—mais si l'hypothèque a été originairement enregistrée dans un autre comté ou une autre division d'enregistrement, dans laquelle telle propriété était alors située, et qu'il n'ait pas été transmis de copie de telle enregistrement au comté ou à la division en premier lieu mentionnée, alors l'endroit où l'hypothèque a été ainsi enregistrée sera mentionné dans l'avis de renouvellement en sus des autres particularités voulues,—mais si une copie du premier enregistrement a été transmise au dit premier comté ou division d'enregistrement, alors l'hypothèque sera considérée comme y ayant été enregistrée. 23 V. c. 59, s. 38.

St. de Québec, 35 *Vict.*, *ch.* 16, *s.* 4. } Amend.—*Le statut de Q.* 35 *Vict.*, *c.* 16, *s.* 4, *contient ce qui suit :*

En autant que sont concernées les proclamations émanées depuis le 15e jour de juin 1870 ou qui pourront être émanées à l'avenir, en vertu des dispositions de l'article 2169 du Code civil ou de la section 5 de l'acte de cette province 32 Vict., c. 25, le délai de dix-huit mois fixé par l'art. 2172 du dit Code, pour le renouvellement de l'enregistrement des droits réels, est prolongé par le présent acte à la période de deux ans à dater du jour de telles proclamations.

St. de Québec, 37 *Vict.*, *ch.* 10, *s.* 1. } *Le statut de Q.* 37 *Vict.*. *c.* 10, *s.* 1, *contient ce qui suit :*

Les deux années fixées par la 4e section de la 35e Vict., chap. 16, pour le renouvellement de l'enregistrement des droits réels, comptent du jour qui à l'avenir sera fixé, pour la mise en force des dispositions de l'art. 2168 du Code civil, dans toute proclamation émanée à cet effet.

[ARTICLE 2172.]

St. de Québec, 38 *Vict.*, *ch.* 14. } *Le statut de Q.* 38 *Vict.*, *c.* 14, *contient ce qui suit :*

Les avis et déclarations mentionnés dans les articles 2098, 2131 et 2172 du Code civil peuvent être donnés aux régistrateurs, pour les intéressés, par toute personne quelconque, parente ou non. Ils peuvent aussi être donnés par les femmes mariées, les interdits et les mineurs eux-mêmes.

St. de Québec, 39 *Vict.*, *ch.* 26. } *Le statut de Q.* 39 *Vict.*, *c.* 26, *contient de plus ce qui suit ;*

Attendu que l'art. 2172 du Code civil pourvoit à ce que l'enregistrement de toute hypothèque soit renouvelé, dans les dix-huit mois après la proclamation mettant en force les dispositions de l'art. 2168, laquelle dite proclamation doit par les articles 2169 et 2176, fixer le jour auquel ces dispositions viendront ainsi en force ; attendu que par la quatrième section de l'acte de cette province, 35 Vict., ch. 16, le dit délai de dix-huit mois est prolongé jusqu'à une période de deux ans ; attendu que la version anglaise établit que la dite période commencera à la date de la proclamation et que la version française établit qu'elle commencera au jour de la proclamation ;

Et attendu que des doutes ont été soulevés quant au temps précis depuis lequel la dite période de deux ans doit commencer à courir ; et attendu que la dite quatrième section du susdit acte comporte que la dite période doit courir depuis le jour auquel les dispositions de l'article 2168 deviennent en force, et qu'il est à propos de dissiper les doutes qui ont été soulevés ; en conséquence, Sa Majesté, par et de l'avis et du consentement de la législature de Québec, décrète ce qui suit :

1. Le délai de deux années accordé par l'article 2172 du Code civil, tel que amendé par l'acte 35 Vict., ch. 16, pour le renouvellement de l'enregistrement des hypothèques requis par cet article 2172, est déclaré commencer et commen-

cera à l'avenir, au jour fixé pour la mise en force des dispositions de l'article 2168 du Code civil, dans la proclamation lancée à cet effet.

St. de Québec, 47 *Vict.*, *ch.* 13, *préambule et s.* 7. } Attendu que certains avis pour le renouvellement des hypothèques exigés par l'article 2172 du code civil ont été donnés indifféremment d'après l'une ou l'autre des formules Nos 25 et 26 de l'appendice du code de procédure civile ;

Attendu que certains avis et bordereaux mentionnés aux articles 2026, 2098, 2106, 2107, 2111, 2115, 2116, 2120, 2121, 2125, 2131, 2133, 2146, 2161, 2168 et 2172 du code civil ont été donnés par actes notariés en minute ou en brevet ou par actes sous seing privé ;

Attendu que certains avis ci-dessus mentionnés ont été remis au requérant après leur enregistrement au lieu de rester déposés chez le régistrateur, et dans l'un et l'autre cas avec ou sans certificat ;

Attendu qu'il convient de faire cesser les doutes qui existent sur les enregistrements ainsi effectués ; A ces causes, Sa Majesté, par et de l'avis et du consentement de la Législature de Québec, décrète ce qui suit :

7. Après l'article 2172 du code civil, l'article suivant est inséré :

" 2172*a*. Si l'hypothèque a été payée en partie, le renouvellement peut se faire pour la balance seulement."

Voy. 5 *Déc. de Québec*, citées sur art. 2168.

---

7 *Legal News*, *p.* 131, *les Ecclésiastiques du Sém. St. Sulpice, et la Soc. Cons.*, *etc. C. d'Appel*, *M.* 1884. } *Registration.—Renewal under cadastral system.*

The registration of a deed of sale in which the immoveable sold is described by its cadastral number, and in which the purchaser under-

takes to pay the amount of a hypothec duly registered before the proclamation of the Cadastre, will not supply the place of the renewal of registration of such hypothec required by C. C. 2172.

The appeal was from a judgment of the Superior Court (Taschereau, J.), setting aside the thirteenth item of a report of distribution, and declaring that the building society, respondent, was entitled to rank before the appellants for the sum due to it.

The following were the *considérants* of the judgment of the Superior Court :

" Considérant que l'enregistrement opéré le 14 février 1873, de l'acte de vente du 13 février 1873, (vente par les dits créanciers colloqués à Médéric St. Jean) n'a pas été renouvelé dans le délai requis par la loi après la proclamation pour la mise en force des dispositions de l'article 2168 C. C., dans la circonscription d'enregistrement où est situé l'immeuble vendu en cette cause, et qu'à défaut du dit renouvellement l'hypothèque conservée aux dits créanciers colloqués par le premier enregistrement ne peut primer l'hypothèque de la demanderesse, résultant de l'acte d'obligation consenti en sa faveur par le dit Médéric St. Jean, le 16 août 1873, et enregistré le même jour, après la mise en force des dispositions du dit article 2168 ;

" Considérant que l'enregistrement opéré le 8 avril 1874, de l'acte de vente du 21 février 1874 (vente par Médéric St. Jean à Casimir Faille), n'a pu suppléer au défaut de renouvellement d'enregistrement de l'hypothèque susdite des créanciers colloqués, ni constituer un renouvellement du dit enregistrement aux termes des articles 2131, 2168 et 2172 du Code Civil, le dit acte du 21 février 1874 ne contenant qu'une simple indication de paiement en faveur des dits créanciers colloqués, non présents au dit acte, ne comportant aucun avis au régistrateur du renouvellement de la dite hypothèque des créanciers, et n'ayant été enregistré que pour la conservation des droits des parties au dit acte."

Ramsay, J. This appeal comes up on a question purely of

law. It is whether the appellants have lost the priority of their hypothec by their failure to renew, according to the precise formalities of law, the registration of their claim ; that is to say, whether what is equivalent will suffice.

The appellants' claim for $400 was due on a deed of sale from them to one St. Jean, dated the 13th February, 1873, registered on the following day. On the 15th July, 1873, the *cadastre* for the parish of Montreal was put in force, and consequently the time for re-registration expired on the 15th July, 1875. The appellants did not re-register. On the 16th August, 1873, St. Jean hypothecated the property in question for $1,900, which was duly registered under the new system. It is admitted that if there was nothing but this the appellants have lost the priority of their hypothec. But it is established that on the 21st February, 1874, a deed of sale of the above property was made to one Faille, in which the debt to the appellants was reserved, the purchaser promised to pay it, and this deed referred fully to the previous deed and to its registration by date and number, and Faille's deed was duly registered on the 8th April, 1874.

The argument is this : Registration is for the purpose of publicity ; it is not necessary that all the formalities of the law should be observed ; it is not necessary that the registration should be done by the party interested ; the registration of the deed by a stranger is as effective as the registration by the creditor or his agent ; therefore the registration of the deed to Faille was a good registration of appellant's hypothec, at all events from the 8th April, 1874. Further, it is argued, the requirements of re-registration cannot be greater than those of the original registration ; it is specially provided by an act (38 Vict., ch. 14) sanctioned 23rd February, 1874, and consequently before the expiration of the delay to re-register, that the notices mentioned in 2172 may be given by any person for the party interested, and that, as the registration of the deed to Faille would be sufficient as a registration to protect appellant's claim, it is equi-

valent to a re-registration of the original deed from appellants, being made *en temps utile*, that is before the delay to renew had expired, and that the failure to re-register does not put the respondents in a worse position than they were in before. They took their security subsequently to the registration of the appellants' claim, and when that claim was validly registered, and if the respondents succeed they do so simply by the omission of the appellants to do something that the respondents had no interest in having done.

On the other hand it may be said that the system of registration, like every kind of publication, is the creation of positive law. It is created not for the purpose of giving notice to a particular person who does not know, but in order that no one can plead ignorance. And so the knowledge of the existence of a prior debt does not cover the want of registration. For the same reason it is absolutely necessary to comply with the forms prescribed, and it is not sufficient to do something else that might, if the law had so willed it, have been a sufficient warning. Article 2172 prescribes the requirements for the *renewal* of registration. There must be a renewal containing a notice describing the immoveable affected, in the manner prescribed in article 2168, *and conforming to the other formalities prescribed in article* 2131 *for the ordinary renewal of the registration of hypothecs.* On turning to 2131 we find there must be " a notice to the registrar, designating the document, the date of its original registration, the immoveable affected, and the person who is then in possession of it ; and the volhme and page in which the notice of renewal is registered must be referred to in the margin of the original registration." There was no such notice, and consequently there has not even been an attempt at a renewal.

Appellant's argument is supported in this way. He says the Cour de Cassation in dealing with this very subject has invariably laid down the broad rule that the formalities of

inscription need not be followed in the renewal. (1) It seems to me that this is unquestionably the jurisprudence in France. The doctrine as resumed by Aubry & Rau (3 : 383) appears to be, 1st, that it is not absolutely indispensable that the renewal should follow all the formalities of the article 2148 C. N.; 2nd, that in default of any enunciation or indication of the previous inscription, " la nouvelle inscription ne vaudrait que comme inscription première. Upon the first point there is tolerable unanimity of opinion, but Troplong evidently considers the requirement of the date as partaking of the character of judge-made law. (3 Pr. & Hyp. 715.) However this may be it has been steadily adhered to. (2) But the question for us is whether these decisions apply to our law and how far they apply. I am disposed to think that their abstract principle applies. That is to say, I think that here as in France a renewal *may* be sufficient, if the requirements of the law be substantially, though not litterally, complied with. But the law as laid down in France cannot furnish a guide to us as to what is a substantial compliance with the code, for their system differs essentially from ours. Their renewal is prescribed by a very short article, 2154 : " Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilége pendant dix années à compter du jour de leur date ; leur effet cesse, si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai." Now, the discussion there arose as to whether this meant that a new inscription should be made as directed by article 2148. And the *arrêts* I have referred to are the judicial answer to the question of what it was necessary to do. Here, however, our legislative

(1) Sir , Cass., 3 Feb. 1819. Dalloz., 25 Feb. 1825. Troplong says there is a decision of the Cour de Cassation, 14 Jan. 1818, contra. Dalloz, Hyp. 307. I think this must be a mistake, and that properly considered the *arrêt* of 1818 does not turn really on this point. It is not likely the Cour de Cassation would on the 25 Feb. 1819 overrule so recent a decision.

(2) Sir., Cass., 14 June, 1831 ; 29 Aug., 1838 ; 16 Feb. 1864 ;

attention being specially directed to the Code Napoléon, we deliberately devised a system totally different, and which lays down an explicit procedure which must be followed. The party desiring to renew gives the registrar a notice specifying the particulars of the deed to be renewed. This notice is inscribed at full length in a new book, and its inscription is indicated in an index. In addition to this the registrar is obliged to enter on the margin of the original inscription a mention of the renewal. It is quite obvious that a man perfectly conversant with the requirements of the law might follow its behests to the letter for all that he desired to know and never discover that there was a re-registration. That is, he might look at the old inscription which he knew of, and no note in the margin would tell him that that hypothec had any effect (2082). He might turn to the index of renewals and find it totally blank. He might go to the registrar and demand a copy of the deed registered, but no marginal entry would testify to the renewal (2178), or that the deed was other than it seemed, an hypothec which had no effect. Nothing but a full search, which no one is bound to require if he only desires to know a particular fact, would have disclosed the new inscription by Faille's deed. In France it appears that the party is obliged to make a general search, and, therefore, he cannot fail to find the warning. But we are told, a party to the deed, like respondent, knew, and so forth. But under our law, it is not a question of good and bad faith. With us knowledge is nothing, and, therefore, we are not perplexed like the Cour de Limoges whed it ruled : " Le renouvellement d'une inscription hypothécaire est valable bien qu'il ne mentionne pas l'inscription renouvelée. Il en est ainsi surtout vis-à-vis des créanciers qui ont connu l'inscription primitive, et qui n'ont pu dès lors éprouver aucun préjudice de son défaut de mention dans le renouvellement." Sir. 14 Av. 1848.) It would be impossible to distribute the money arising from a sale if we were to admit this mistaken doctrine of equity. Registra-

tion is not the only institution of the law where real rights are lost by *laches* ; for instance, the omission to give notice of protest to an endorser, relieves, not because he suffers by not being notified, but because he *may* suffer. I am therefore to confirm.

I may remark, there is a little difficulty which might perhaps be serious under certain circumstances, but which was not raised in this case, and which has no effect on the judgment rendered. Faille's deed gives an incorrect date as being that of the one it evidently intends to refer to.

Judgment confirmed.

---

15 *Revue Légale, p.* 151, *McDonald et Ca. Invest. Co.—C. d'appel, M.*, 1887. } JUGÉ :—Que l'enregistrement de la créance du vendeur d'un immeuble doit être renouvelé dans les délais voulus par la loi relative à l'enregistrement, pour conserver le rang de cette créance à l'encontre des tiers. (1)

Que les énonciations contenue dans un acte de vente, quand même

(1) Dans la cause de la *La Banque du Peuple & Laporte, ès-qualité*, C. B. R., Montréal, 21 septembre 1874, Monk J., (dissident) Taschereau, J., Ramsay J., (dissident) Sanborn J., et Sicotte J. *ad hoc*, 19 J., p. 66, il a été jugé que le renouvellement de l'enregistrement de tous droits réels exigé par les articles 2172 et 2173, C. C., ne s'applique qu'aux droits réels dont l'immeuble peut être affecté, sous forme d'hypothèque et ne s'applique pas aux droits de propriété et qu'il n'est pas nécessaire de renouveler l'enregistrement d'une substitution.

Dans la cause de *Surprenant vs. Surprenant*, C. S. Montréal, 17 janvier 1885, Taschereau J., 1. M. L. R. C. S. p. 242, il a été jugé que le renouvellement de l'enregistrement d'un acte de vente dans les délais prescrits par les articles 2172 et 2173 C. C., n'est pas nécessaire pour conserver les droits d'un créancier hypothécaire, en vertu d'une hypothèque consentie par l'acquéreur ; que, si ce renouvellement était requis, il aurait, lorsque fait, un effet rétroactif et rendrait valides les hypothèques consenties avant le renouvellement, aussi bien que celles consenties depuis.

Dans la cause de *Bourassa* et *Macdonald*, C. B. R. Montréal, 10 mars 1871, Duval, J. en C., Caron, J., Drummond, J., Badgley, J., (dissident), et Monk, J., 16 J. p. 19, il a été jugé que l'enregistrement d'un privilège

elles contiendraient tout ce qui est requis pour l'avis de renouvellement de l'enregistrement d'un acte de vente antérieur à l'acte où elles sont contenues, ne peuvent tenir lieu de l'avis requis pour le renouvellement de l'enregistrement de la vente antérieure. (1)

Le 6 août 1860, William Murray vendit un immeuble à James MacPherson et Samuel Sinclair, pour le prix de

de bailleur de fond sur un immeuble, doit être renouvelé dans les délais prescrits par la loi pour conserver ce privilège ; et que le renouvellement de l'enregistrement fait, pendant que l'immeuble est sous saisi, mais dans les délais prescrits par l'article 2172 C. C. est légal.

(1) Dans la cause de *Les Ecclésiastiques* du *Séminaire de St-Sulpice* de *Montréal* et *la Société de Construction Canadienne de Montréal.* C. B. R., Montréal, 27 mars 1884, Dorion, J. en C., Monk, J., Ramsay, J., Cross, J., et Baby, J., 7 L. N. p. 131 et 28 J., p. 23, les Ecclésiastiques du Séminaire ont vendu un immeuble à Médéric St. Jean, le 13 février 1873. Cet acte fut enregistré le 14 février de la même année. Le cadastre a été mis en force le 15 juillet 1873, et le délai pour le renouvellement de l'enregistrement, expirait le 15 juillet 1875. Le 16 août 1873, Médéric St. Jean consentit une obligation sur cet immeuble, en faveur de la Société de Construction Canadienne de Montréal. Cette obligation fut enregistrée le même jour. Le 21 février 1874, Médéric St. Jean vendit cet immeuble à Casimir Faille. Cet acte fut enregistré le 8 avril 1874. Dans cet acte de St. Jean à Faille, ce dernier promettait payer la créance des Ecclésiastiques du Séminaire et on référait à l'acte de vente de ces derniers à St. Jean et à son enregistrement. Mais l'enregistrement de l'acte de vente des Ecclésiastiques du Séminaire à St. Jean ne fut pas renouvelé conformément à l'article 2172 C. C. Il a été jugé que la mention de l'acte de vente du 13 février 1873, dans l'acte de vente du 21 février 1874, n'équivalait pas au renouvellement de l'enregistrement requis par l'article 2172, et que les Ecclésiastiques du Séminaire avaient perdu leur priorité sur la Société de Construction Canadienne de Montréal.

Dans la cause de *Roussel vs. Bureau,* C. C. R., Québec, 30 juin 1879, Meredith, J., Casault, J., Stuart, J., 5 R. J. Q., p. 369, il a été jugé que le transport d'une créance fait pendant la période fixée pour le renouvellement d'un enregistrement des droits réels et dûment enregistré dans ce délai, et contenant une description détaillée de l'acte d'obligation constituant la créance et toutes les énonciations requises pour le renouvellement de l'enregistrement, n'équivaut cependant pas à ce renouvellement, tel que requis par l'article 2172 C. C., et que ce renouvellement

$4,400, avec intérêt à 10 p. c., sous la réserve de privilège de bailleur de fonds. Cet acte fut enregistré le 2 octobre 1860. Le 7 avril 1864, James MacPherson et Samuel Sinclair vendirent cet immeuble à John Sinclair pour $4,635, dont ils reçurent $5,235, laissant une balance due de $4,400, affectant l'immeuble, par hypothèque. Cet acte de vente fut enregistré le 22 avril 1864. Le 10 novembre 1868, John Sinclair vendit l'immeuble à James MacPherson, pour $12,000, dont $4,400 étaient payables au dit William Murray, et la balance $7,600 payable à John Sinclair, avec hypothèque sur l'immeuble. Cet acte fut enregistré le 10 décembre 1868. La somme de $4,400 fut ensuite transportée par William Murray à Anna Carmichael, le 5 juin 1871. Ce transport fut enregistré, le 25 septembre 1871. Les $7,600 furent transportées par John Sinclair à Sinclair, Jack & Cie., par acte du 14 février 1873, contenant subrogation. Cet acte fut enregistré le 4 mars 1873. Par l'acte de dissolution de la société Sinclair, Jack & Cie, du 18 août 1876, James Jack devint propriétaire de cette somme de $7,600. L'intimée devint propriétaire de ces $12,000, prix de vente de Sinclair à MacPherson, en vertu d'une obligation, avec hypothèque et transport en date du 29 novembre 1876, enregistrée le 1er décembre 1876. Cet enregistrement ayant été renouvelé le 2 décembre 1878. Par ce dernier acte, MacPherson se reconnaissait endetté envers l'intimé, en la somme de $12,000 avec intérêt à

d'enregistrement ne peut se faire que par un avis, tel qu'indiqué par cet article.

Dans la cause de *Jeannotte dit Lachapelle*, failli, et *La Compagnie de Prêt et Crédit Foncier*, réclamant, et *Pope et al.*, contestants, C. S., Montréal, 2 mars 1878, Rainville, J., 24 J., p. 28, il a été jugé que la mention qui est faite dans un acte d'obligation, qu'il existe une hypothèque antérieure, n'est pas suffisante pour donner priorité d'hypothèque au créancier ainsi mentionné, si son titre n'est pas régulièrement enregistré avant l'enregistrement de l'hypothèque où il est ainsi mentionné ; et que la mention n'est pas un consentement de la part du deuxième créancier hypothécaire à telle priorité ; ce consentement devant être expressément formulé.

8 0/0 et il reconnaissait que cette somme avait été payé à son acquit, comme suit : $4,400 à Anna Carmichael et $7,600 à James Jack, le bailleur de fonds susdit. Anna Carmichael et James Jack comparurent à cet acte et déclarèrent avoir reçu cette somme, et transportèrent à l'intimée tous leurs droits contre MacPherson et sur l'immeuble susdit. Cet immeuble ayant été vendu par le Shérif, par le jugement de distribution, Edward MacDonald et D. MacDonald furent colloqués avant l'intimée, pour $6,000, étant le montant d'une obligation à eux consentie par MacPherson, enregistrée le 14 novembre 1874 et dont l'enregistrement fut renouvelé le 1er mars 1879.

Le cadastre, pour le comté de St-Jean, où se trouve situé cet immeuble, devint en force le 3 avril 1877 et le délai pour le renouvellement de l'enregistrement expira le 3 avril 1879.

L'intimée contesta cette collocation, alléguant les faits ci-dessus et prétendant qu'elle avait droit d'être payée, de préférence aux créanciers colloqués, comme étant cessionnaire de la dite créance de $12,000, garantie par bailleur de fonds. L'Intimée prétendait aussi, par sa contestation, que, comme cessionnaire du vendeur non payé, elle avait le droit de demander la nullité de l'acte de vente du 6 août 1860 et du 10 novembre 1868, parce que le prix de la première vente n'avait pas été payé et qu'à défaut du paiement de cette créance, d'être payée de la balance restant due.

Les créanciers colloqués, les appelants, répondirent que l'Intimée ne pouvait leur être préférée, en vertu de l'obligation du 24 novembre 1876, non plus qu'en vertu des dits deux actes de vente, en autant qu'elle n'avait pas fait renouveler l'enregistrement de ces actes du 6 août 1860 et du 10 novembre 1868. L'Intimé prétendait que le renouvellement de l'enregistrement du transport, le 2 décembre 1878, était un renouvellement suffisant d'enregistrement pour conserver leur droit, en vertu de cet acte.

Le 17 septembre 1885, la Cour Supérieure, à Montréal, Torrance, J., a rendu jugement, décidant que le privilège du

vendeur était conservé, sans qu'il fut nécessaire de renouveler l'enregistrement. Voici les remarques faites par le juge en rendant jugement :

" Per Curiam.—Two questions have been submitted to the Court : Whether the re-registration of a deed of obligation hypothec, containing the transfer of a *bailleur de fonds* privilege, is a sufficient re-registration of the *Bailleur de fonds* privilege itself to preserve that privilege in favor of the trasnferees, as against mortgages prior in date to the obligation and transfer but subsequent to the date of the original deeds creating the *bailleur de fonds* claims. Whether without any re-registration, the transferees of the *bailleur de fonds* claims are not entitled to be paid by privilege as standing in the place of the original vendors. In answer to the first question, looking at the terms of C. C. 2172, requiring re-registration, I could say that the re-registration of the obligation was insufficient of itself to preserve the privilege but I do not accede to the pretention of Macdonald *et al.*, that the deed of 1876 was a novation and extinguishment of the former debts. They were carefully preserved. Next is the questions whether these privileges of the unpaid vendor could be preserved without re-registration. It has been decided by the Court of Queen's Bench in La Banque du Peuple *v.* Laporte, 19 L. C., Jur. 66, that C. C. 2172, 2173 does not required the renewal of a registration of right of property *jus in re* like the *bailleur de fonds* claims, and this decision was followed by this Court in Surprenant *v.* Surprenant, A. D. 1885 (Taschereau, J.) 1 M. L. R., 242. The contestation of the report is therefore now maintained."

Jugement de la Cour Supérieure.

" Considering that the claim of Plaintiffs is made of the sum of four thousand and four hundred dollars, balance of principal of price of the sale of the land in question under said deed of sale, sixth August, eighteen hundred and sixty, from William Murray to defendant and Samuel Sinclair,

registered second of October, eighteen hundred and sixty, by said William Murray, transferred to Dame Anna Carmichael, and by said Dame Anna Carmichael transferred to Plaintiffs by the deed of obligation of the twenty-ninth of November, eighteen hundred and seventy-six, the sum of seven thousand six hundred dollars, balance of principal of price of sale of the land in question, under deed of date tenth November eighteen hundred and sixty-eight, from John Sinclair to said defendant, registered on the tenth of December, eighteen hundred and sixty-eight, by said John Sinclair transferred to Sinclair, Jack & Co., by deed of date fourteenth of February, eighteen hundred and seventy-three, and by said Sinclair, Jack & Co., transferred to said James Jack, and by said James Jack transferred to said Plaintiff, besides interest from said twenty-ninth of November, eighteen hundred and seventy-six, at the rate of eight per cent.

Considering that the privileges of *bailleur de fonds* transferred to Plaintiffs were transferred to Plaintiffs without the registration thereof being renewed.

Considering therefore that there is error in said report of distribution, whereby the said sum of five thousand seven hundred and seven dollars and forty cents, part and portion of the proceeds of the sale of said land is awarded to said Edward Macdonald *et al.*, doth order said report to be reformed and amended, the collocation No. 13 of said Edward Macdonald *et al.*, to be set aside, and that the prothonotary of this Court do prepare a new report of distribution, and collocate therein the Plaintiff in the place and stead of said Edward Macdonald *et al.*, by privilege over and in preference to all others, for the said sum of five thousand seven hundred and seven dollars and forty cents. And doth condemn the said Edward Macdonald *et al.*, to pay the costs of contestation.

Cette cause fut portée en appel et la Cour d'appel a renversé le jugement de la Cour Supérieure et a décidé que, pour conserver le privilège du bailleur de fonds, il fallait

renouveler l'enregistrement dans les délais voulus par la loi.

JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL.

" Considering that, by deed of sale, passed on the 6th of August 1860, William Murray sold to James MacPherson and to Samuel Sinclair, for the sum of £1100 cy., the lot of land seized and sold in this cause, on the defendant James MacPherson, on which the said vendor retained a privilege of *bailleur de fonds* to secure the payment of said sum of £1100 and interest, as stipulated in the said deed of sale, and which was duly registered on the 2nd day of October, 1860;

" And considering that the said James MacPherson and Samuel Sinclair subsequently sold the same property to John Sinclair, and that, by deed of the 10th of November, 1868, the said John Sinclair sold the said property to the said James MacPherson for the sum of $12,000, $4,400 of which was made payable to the said William Murray, the original vendor, and the balance of $7,600 was to be paid to the vendor, the said John Sinclair, which last deed was duly registered on the 10th of December, 1868;

" And considering that the said William Murray transferred to Anna Carmichael the said sum of $4,400 and, that James Jack, by means of divers transactions became vested with the said sum of $7,600 due to the said John Sinclair;

" And considering that, by deed of obligation of the 13th of November, 1874 the said James MacPherson hypothecated the said property for the sum of $6,000, payable to the Appellants in this cause, which hypothec was duly registered on the 14th of November, 1874; and the said registration renewed on the 1st of March, 1879, within two years from the 3rd of April, 1877, when the cadastre for the town of St. John, where the property was situated, came into force;

" And considering that, by a deed of obligation, dated the 29th day of November, 1876, the said John MacPherson acknowledged to be endebted to the said Respondents in the sum of $12,000, of which $4,400 was paid by the said Res-

pondents to the said Anna Carmichael and $7,600 to the said James Jack, who subrogated the said Respondents in their rights of *bailleur de fonds* on the said property for their respective claims, which said deed of obligation and subrogation was duly registered on the 1st day of December, 1876, and the registration thereof renewed on the 2nd day of December.

" And considering that the claims of *bailleur de fonds* of the said William Murray and John Sinclair, to which the said Respondents claim to have been subrogated by the said deed of the 29th day of November, 1876, do not constitute a *jus in re*, a right in the property itself, but are mere privileged or preferential claims on the proceeds of the property which required to be preserved by registration and by a renewal of such registration, when the cadastre came into force, according to the provisions of articles 2131, 2168 and 2172 of the Civil Code and of the acts amending the same ;

" And considering that, although the said Respondents have renewed the registration of the hypothec granted to them by the said James MacPherson, on the 29th of November, 1876, they have not renewed within the delay of two years after the cadastre came into force, the registration of the original claims of *bailleur de fonds*, to which they pretend to have been subrogated by the said Anna Carmichael and the said James Jack, and considering further that the certificate of the register produced in this cause, relating to the renewal of such hypothec, granted by the said James MacPherson to the said Respondents, does not disclose the existence of any such privileged claims of *bailleur de fonds* as are claimed by the said Respondents ;

" And considering that the claim of the Appellants, which has been duly registered on the 14th of November, 1874, and the registration renewed within the delay prescribed by law, is entitled to be collocated in preference to the hypothec of the Respondents registered on the 1st day of December, 1876, and also to the *bailleur de fonds* claims invoked by the Res-

pondents, the registration of which claims have not been renewed within the delay of two years from the coming into force of the cadastre for the said town of St. John ;

" And considering that there is error in the judgment rendered by the Superior Court, at Montreal, on the 17th day of September, 1885, disallowing the collocation of the said appelants, No. 13 on the report of collocation prepared in this cause, and ordering that the Respondents be collocated in preference to the said Appellants ;

" This Court doth reverse the said judgment of the 17th day of September, 1885, and proceeding to render the judgment which the said Superior Court should have rendered, doth reject the contestation of the said Respondents of the collocation No. 13 in favor of the said Appellants, in the said Report of collocation in this cause.

---

2 *Montreal Law Rep.*, p. 139 *et s.*, *Wheeler, opp. et Black, intimé. C. d'Appel, M.*, 1885. } *Servitude — Drain — Renewal of Registration—C.C.* 2172–*Interference with Servitude—C.C.*557—*Changing condition of premises—Barn erected over Drain—Demolition.*

Held :—1o. (Approving *La Banque du Peuple et Laporte*, 19 L. C. J. 66), that the renewal of registration of any real right, required by art. 2172 of the Civil Code, has no reference to a right in the property itself, such as a servitude of drain through a property, established by deed in favor of a neighbouring property.

2o. The proprietor of the servient land can do nothing which tends to render the exercise of the servitude less convenient than it was at the date ot its creation; and so, where the owner of the servient land constructed a barn over the drain running through his land, and, in the opinion of the majority of the Court, it was proved that repairs to the drain were necessary, it was held that the person to whom the servitude was due was entitled to ask that the barn be demolished to a sufficient extent to permit repairs to the drain to be made whenever necessary.

3o. The action to enforce such servitude does not lie against a person who has ceased to be owner of the servient land before the action is instituted, but he may be condemned personnally in damages if he participated in the act of obstruction.

The appeal was from a judgment of the Superior Court, Iberville, (CHAGNON J.,) May 19, 1883, maintaining the respondents' action. The judgment was in the following terms :—

" La cour, etc.

" Considérant que les demandeurs réclament par action confessoire que le lot de terre des défendeurs désigné dans la déclaration, soit déclaré assujetti au profit du lot de terre des demandeurs aussi décrit dans la dite déclaration, à une servitude réelle, consistant en un droit d'égout, lequel, d'après le titre constitutif de la dite servitude, dont copie est produite par les demandeurs au soutien de leur action, consistait en le droit d'égouter par le moyen d'un canal les caves de la maison érigée sur le lopin de terre des demandeurs, maison et terrain alors en la possession du nommé J. W. Black, et lequel droit d'égout devait de plus être exercé sous une allée traversant alors le terrain acquis par les défendeurs et alors appartenant au nommé Pierre Dubeau ;

" Considérant qu'il appert par le dossier qu'un sommaire ou extrait du dit acte constituant la dite servitude a été dûment enregistré, sous l'opération de l'ordonnance du bureau d'enregistrement ; et considérant qu'il appert par la preuve que le dit canal d'égout a de fait été construit, partant des caves de la maison en question, traversant le terrain du dit Pierre Dubeau, vendu depuis aux défendeurs, et allant déboucher dans le canal Chambly ;

" Considérant que la dite servitude, d'après les termes de l'acte créatif d'icelle en date du 22 août 1843, n'est autre qu'une des servitudes réelles dues par la chose à la chose, et n'est pas un droit ou privilége personnel, tel que les défendeurs le prétendent par leurs défenses ;

" Considérant que la dite servitude étant une servitude réelle, et donnant un droit dans la chose, *jus in re*, l'enregistrement du titre le créant, n'avait pas besoin, aux termes de l'Art. 2172 du C. C., d'être renouvelé pour conserver les effets

du premier enregistrement vis-à-vis d'un acquéreur subséquent ayant enregistré son titre d'acquisition ;

" Considérant d'ailleurs qu'en supposant que tel renouvellement fût nécessaire, les défendeurs ne pourraient invoquer ce défaut de renouvellement, attendu que, aux termes de l'Art. 2098 du C. C., l'enregistrement de leur propre titre n'aurait pu leur servir dans les circonstances qu'à la condition qu'ils auraient pu démontrer que le titre d'acquisition de leur vendeur avait été enregistré, chose que les défendeurs n'ont pas montrée ni même alléguée, et chose qui était d'autant plus nécessaire dans l'espèce que le titre d'acquisition du nommé Louis Dubeau, vendeur des défendeurs, n'était autre qu'une donation, avec caractère gratuit, dont la validité même dépendait de son enregistrement ;

" Considérant que les défendeurs n'ont prouvé que les demandeurs et leurs auteurs ont cessé d'avoir l'usage de la dite servitude pendant 30 ans ; et considérant que le contraire apparaît par la preuve ;

" Considérant que l'action des demandeurs repose sur des titres, savoir sur le titre constitutif de la dite servitude en date du 22 août 1843, ayant assujetti le lot de terre acquis par les défendeurs à l'exercice de la servitude y mentionnée, et sur le titre des demandeurs à la propriété du fonds dominant, acquisition qui, par elle-même, a fait acquérir aux demandeurs toutes les servitudes actives y attachées ;

" Considérant que l'action n'est pas une action en dénonciation de nouvel œuvre, et ne repose pas sur une possession de l'an et jour du droit de servitude dont il est question, possession qui seule serait insuffisante sous notre droit pour en obtenir le bénéfice, attendu que dans notre droit, nulle servitude ne peut s'acquérir sans titre ;

" Considérant que les deux héritages dominant et servant ne doivent pas être nécessairement contigus pour qu'une servitude puisse y être légalement et utilement attachée, mais qu'il suffit qu'étant dans le voisinage l'une de l'autre,

l'une puisse retirer une utilité quelconque du service foncier imposé sur l'un au profit de l'autre ;

" Considérant que la servitude ayant eu une fois son assiette fixée dans et par son titre créatif, le propriétaire du fonds assujetti ne pouvant changer l'ancien état des lieux de manière à rendre son exercice tant pour son usage que pour sa conservation et entretien, plus *incommode;*

" Considérant que dans l'espèce il appert par la preuve que les défendeurs ont, dans l'automne 1880, érigé des constructions sur le fonds servant de manière à couvrir l'allée dont il était question dans le titre créatif de la dite servitude, ainsi que le canal d'égoût s'y trouvant enfoui ; et considérant que les défendeurs n'avaient pas le droit, dans les circonstances, de faire telles constructions à l'endroit et de la manière sus-indiquée, les demandeurs se trouvant dans l'impossibilité, à raison de la dite construction, de pourvoir à la réparation de leur canal d'égout de la manière dont ils pouvaient le faire en vertu du titre créatif de la dite servitude, et de la manière dont les défendeurs devaient le souffrir en vertu du même acte ;

" Considérant qu'ainsi les objections faites par les deux défendeurs au droit d'égout des demandeurs, et sus-mentionnées, sont mal fondées ;

" Considérant néanmoins, quant au défendeur Cocker qu'il appert par le dossier que lors de l'institution de la présente action, il avait cessé d'être propriétaire du lot de terre assujetti à la dite servitude, et que le défendeur Wheeler était le seul propriétaire en possession du dit lot de terre ;

" Considérant que la présente action étant, dans une de ses parties, une action réelle, devait être dirigée quant à ce, contre le propriétaire et possesseur d'alors du lot de terre en question ; et considérant que la partie des conclusions de la dite action demandant que le dit lot de terre soit déclaré assujetti à la servitude et que la construction y érigée fut détruite sous l'autorité de cette Cour, à défaut par le défendeur

de le faire de bon gré et qu'il fût défendu au défendeur de troubler les demandeurs à l'avenir, ne pouvaient être demandée et accordée que contre le propriétaire et possesseur d'alors du dit lot de terre, et nullement contre une personne n'ayant plus alors aucun droit de propriété ni de possession sur le lot de terre en question ;

" Considérant qu'en conséquence le défendeur Wheeler seul doit subir cette partie des conclusions, étant la partie dépendant de l'action réelle confessoire, et que le défendeur Coker doit en être libéré ;

" Considérant quant à la demande de dommages-intérêts, que vis-à-vis les demandeurs les deux défendeurs ayant été les auteurs communs de la dite construction et par conséquent les auteurs du quasi-délit reproché, ont encouru pour et à raison de ce fait, une responsabilité solidaire vis-à-vis des dits demandeurs ; et considérant que quant à cette partie de l'action, qui est une action personnelle, les demandeurs ont pu légalement demander condamnation contre les deux défendeurs, pour la somme de dommages qu'ils ont soufferts et que la Cour est appelée à apprécier par son jugement;

" Considérant qu'il appert suffisamment par la preuve que les demandeurs sont fondés à recouvrir les défendeurs solidairement pour et à raison des frais reprochés la somme de $50 à titre de dommages-intérêts ;

" Considérant qu'à l'encontre de ce qu'allègue le défendeur Coker dans ses défenses, l'acte constitutif de la dite servitude a été dûment enregistré par sommaire tel que requis par l'ordonnance des bureaux d'enregistrement d'alors, et considérant d'ailleurs que, quelque forme eut-elle manqué à ce sommaire, les défendeurs n'auraient pu s'en plaindre, leur propre enregistrement étant sans effet, attendu le défaut d'enregistrement du titre d'acquisition de leur vendeur Louis Dubeau ;

" Renvoie les défenses du défendeur Wheeler, et adjuge que le lot de terre acquis par les défendeurs du dit Louis

Dubeau par acte du sept septembre 1880, et désigné dans la déclaration des demandeurs, est affectée et assujetti par et en vertu de l'acte passé entre le nommé Pierre Dubeau en date du 22 août 1843, allégué dans la déclaration et dûment enregistré par sommaire en octobre 1843, au droit d'égout y exprimé et de la manière et à l'endroit y mentionnés, au profit et en faveur du lot de terre acquis par les demandeurs du nommé Wise et désigné en la dite déclaration, le dit lot de terre n'étant autre que le terrain décrit au dit acte du 22 août 1843 comme étant celui alors en la possession du dit J. W. Black ;

“ Et il est ordonné au défendeur Wheeler, propriétaire et possesseur actuel du dit fonds servant, de démolir et faire disparaître telle partie de la grange érigée sur icelui qui recouvre la dite allée et le canal d'égout s'y trouvant enfoui, dans le but de permettre aux demandeurs de faire, quand la nécessité s'en présentera, tous les travaux et ouvrages nécessaires pour la conservation du dit canal d'égout et de la dite servitude, et spécialement pour y faire actuellement les dits travaux de réparations, la preuve constatant que tels travaux de réparations y sont actuellement nécessaires, et ce dans le délai de trois semaines à compter de la signification du présent jugement, sinon et ce délai passé sans avoir fait disparaître telle partie de la dite grange, il est ordonné que telle démolition et destruction soit faite sous l'autorité de cette Cour aux frais et dépens du dit défendeur Wheeler ;

“ Et la Cour autorise par les présentes les demandeurs à faire faire cette démolition dans le cas où l'éventualité sus-indiquée arriverait ;

“ Et il est ordonné au défendeur Wheeler de ne plus troubler les demandeurs à l'avenir dans l'exercice de leur dit droit de servitude, tant quant à son usage qu'à sa conservation et entretien ;

“ Et la Cour, quant au défendeur Coker, renvoie cette partie de l'action, demandant qu'il soit restreint à reconnaître la dite servitude et à démolir la construction y érigée,

mais maintient contre lui cette partie de l'action demandant des conclusions personnelles contre lui et le défendeur Wheeler;

"Et en conséquence la Cour condamne les défendeurs solidairement, à payer aux demandeurs la somme de $50 à titre de dommages-intérêts;

"Le tout avec pleins dépens d'une contestation à la Cour Supérieure contre le défendeur Wheeler, et avec les dépens d'une action de $50 seulement contre le défendeur Coker, les dits défendeurs néanmoins, quant aux frais d'enquête des demandeurs, c'est-à-dire tous les témoins et assignation de témoins, devant en supporter chacun la moitié;

"Et distraction est accordée des dits dépens à Mtre Girard, avocat des demandeurs;

"Et la Cour, quant à la réponse en droit faite par les défendeurs à l'encontre de cette partie de la réponse des demandeurs alléguant et invoquant les titres intermédiaires de leurs auteurs, outre leur propre titre et celui créatif du dit droit de servitude;

"Considérant que les allégations de la dite réponse ne refont point l'action des demandeurs, qui était suffisante par elle-même en reposant sur le titre créatif de la dite servitude et sur leur propre titre à la propriété du dit fonds dominant;

"Considérant que sur l'allégation de la défense énonçant que le vendeur des demandeurs n'était pas propriétaire du fonds, les demandeurs étaient fondés à spécialiser la chaîne de leurs titres intermédiaires, et spécialement le titre de Wise père et fils, lesquels titres n'étaient pas nécessaires pour baser leur droit d'action au confessoire contre les défendeurs;

"Renvoie la dite réponse en droit, mais sans frais."

W. W. Robertson, Q. C., for appellants.

It is submitted on behalf of appellants that this judgment should be reversed for the following among other reasons:

1st. As to appellant Coker. As it was decided by the inferior Court, he was not liable to the action *en démolition de nouvel œuvre* or *action confessoire* because at the time of the institution of the action he was not proprietor nor in possession of the property upon which the servitude is now claimed; therefore the judgment stands against him only for a condemnation for damages. The proof does not establish any damages, and does not even show that the construction of said barn did in any way interfere with the working of said drain, if such drain exists. Therefore the judgment, so far as Coker is concerned, should be reversed, and the appeal granted with costs.

2nd. As to appellant Wheeler, the judgment should also be reversed—because the deed of 22nd August, 1843, creating the said servitude, was not re-registered as required by law; and it being a real right, it was subject to the formality of re-registration imposed by our laws, in order to have any effect against third parties in good faith. And appellant submits that the distinction of the French law does not apply here, to wit: that it is not necessary to register the *jus in re*, but only the *jus ad rem*. The obligation of registering and re-registering real rights is established by statutory law, and our statute does not make any distinction, but says generally that all mortgages, hypothèqnes, charges, incumbrances, and *servitudes* upon any immoveable property should be registered and re-registered. (See ch. 37, C. S. L. C.) Therefore, the default of renewing the registration of said pretended right of drain is fatal, and the servitude cannot be claimed as against third parties, to wit, the now appellants. It is also to be noticed that the property of respondents was sold five or six times, and also sold by the sheriff, and no mention whatever was made in said deeds of the existence of such a servitude.

Moreover, even supposing that this servitude exists, and is regularly registered, there is no reason or ground why the barn beneath which said drain passes, should be demolished,

as ordered by the judgment of the Superior Court of Iberville. This barn does not diminish the use of the servitude or render its exercise more inconvenient, and therefore does not constitute a change in the condition of the premises in the meaning of the law.

The declaration of plaintiffs, respondents, alleges that the sain barn rests on stone foundations. It is clearly proved by all the witnesses that it is built on wooden posts.

It is also proved that there is no solid floor in said barn; that the drain could be raised up and repaired in the barn just as well, if not better, as outside of the barn.

It is also in proof that appellants are willing to allow respondents to come into the said barn to raise up said drain to repair it, and appellants urge that they were never notified, before the construction of said barn of the existence of such a drain, and were never put *en demeure*, and were never asked to allow the said drain to be raised under said barn. In fact there is no proof on the part of respondents that the said drain required any repairs, or that they intended to make any repairs, and the prètention of respondents seems to be that the mere facts of erecting a barn over said drain, although it does not interfere with the working and repairing of said drain, changes the condition of the premises or of the servient land, which is contrary to law. Appellants submit that in this case there is no change whatever as meant by law. The change of the condition of the premises must be such as would diminish the use of the servitude or render its exercise more inconvenient. (See Curasson. Traité des Actions Possessoires, sec. III; No. 65, pages 290 et 291, and No. 82, page 337, and following,) where the principle is laid down as to the interpretation of article 701 of C. N., corresponding to article 557 of our Code, that the change complained of most be contrary to the right of the owner of the servitude, and that it really diminishes his right. There is no such change in this cause under the proof made.

C. A. Geoffrion, Q. C., for the respondents, on the principal question in issue, contended as follows :—

3rd Plea.—That the barn erected does not interfere with the right of servitude. In answer it is opposed, that this is contradicted by the evidence. Provost says : " Il n'y a pas moyen, d'après moi, de nettoyer cette partie du canal qui se trouve sous la grange, sans enlever cette partie de la grange qui la couvre, ainsi que ce qu'il peut y avoir dans cette grange."

Wilbrenner says : " Ce canal a besoin d'être nettoyé et réparé. Je ne sais pas à quel endroit de son parcours ce canal est enfoncé ou cassé dans la terre, non plus, qu'à quel endroit il peut être pourri : pour le voir, il faudrait en faire la levée d'un bout à l'autre, et il est tout claire que la grange en question serait un obstacle aux réparations à faire à ce canal."

The evidence of other witnesses, also shows, that the former condition of things was so changed by the erection of this large barn, that the respondents were entirely deprived of the use and enjoyment of the servitude.

The deed of Pierre Dubeau establishing the servitude conveyed the right of constructing and using a drain under an alley way (which served as a foot and a road-way for the occupants of all the houses of Pierre Dubeau) for the purpose of draining the cellar of the house on the dominant land ; and appellants contends, that the right to preserve and repair the drain was an essential part of the right of servitude, and the obligation to allow the drain to be preserved and repaired, was an essential part of the servitude, and depriving the respondents of the right to preserve and repair the drain, was therefore depriving them of the servitude. Appellants rely upon the following authorities, to sustain these propositions :—Pardessus—Servitudes, Tome 1, p. 136, says " Que le propriétaire du fonds grevé ne peut se refuser à laisser exécuter les travaux nécessaires à l'usage de la servitude, quand même il éprouverait quelque dom-

mage." Toullier (Tome 3, No. 543) says, that "le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui supprime l'usage de la servitude, ou qui lui préjudicie." Article 552, C.C., declares, that:—"He who establishes a servitude, is presumed to grant all that is necessary for its exercise." Article 553, C. C., declares, that:—"He to whom a servitude is due, has the right of making all the works necessary for its exercise and its preservation." Article 557, C. C., declares, that, "The proprietor of the servient land can do nothing which tends to diminish the use of the servitude or to render its exercise more inconvenient." Article 557 also provides, that the owners of the servient land may offer to the owner of the dominant land another place "as convenient for the exercise of his rights, and the latter cannot refuse it."

The appellants, so far from making any offer under this article, to allow the drain to be changed to another part of their land (if another place for the drain as convenient for the respondents could be found, which respondents do not admit) refuse to acknowledge that any servitude exists. Toullier, Tome 3:—No. 662. "Une fois l'usage et le mode des servitudes, déterminées par le titre ou par la possession, il n'est permis ni au propriétaire du fonds dominant, ni à celui du fonds servant, de rien innover à l'ancien état des lieux.

"L'un ne peut rien faire qui tende à diminuer l'usage ou l'étendue de la servitude: l'autre ne peut faire aucun changement qui la rende plus onéreuse."

No. 663: "Celui à qui une servitude est due, a droit de faire, mais à ses frais, tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver, et a même le droit en cas de nécessité de passer pour faire ces ouvrages sur les parties du fonds qui ne doivent pas la servitude, ou d'y déposer ses matériaux."

Dalloz (1876,—2—84.) Jugé, que "le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude (un droit de passage) ne peut pas faire aucun changement dans ce fonds, qui rend l'exercice

de la servitude plus incommode." Demolombe (Tome 12, p. 417) : – " Le propriétaire du fonds servant, est toujours obligé en vertu de l'article 701 (art. 557, C. C.), de ne rien faire qui tende à diminuer l'exercice de la servitude, cette obligation *de ne pas faire* est, tout aussi bien que l'obligation *de faire,* dans le cas des Art. 698 et 699 (554 and 555 of C.C.) inhérente à la servitude ; donc, elle est réelle et transmissible avec le fonds servant la servitude.—C'est dans l'obligation passive, qui est imposée au propriétaire du fonds servant, de tolérer et de souffrir, et de ne faire aucun acte contraire à l'exercice de la servitude."

6th Plea :—That the alleged servitude ceased to be of any benefit to the respondents, as the Corporation of St. John's, by resolution of June 2, 1879, ordered the construction of a drain, to drain the said property of respondents, and that the new drain was constructed, and serves to drain the property of respondents better than the first drain. That, having ceased to be of any benefit to the dominant property, it has (by Art. 499, C. C.) ceased to be a charge on the servient property.

It is answered, that no attempt was made to show that such a drain had been constructed. And even if this had been proved, it would have been just as necessary to prove that this new drain was of as much benefit to the property as the first drain.

Demolombe, (Tome 12, No. 691) says :—"Sans doute, une prétendue servitude à laquelle le fonds dominant n'aurait aucun intérêt, serait nulle ; mais il faudrait que le défaut d'intérêt fût bien manifeste ; car, l'utilité dont parle notre article 637 (499, C. C. L. C.) doit s'entendre d'une manière très large : et il suffit que cette utilité soit apparente, éloignée, et même, seulement possible."

Ramsay, J. (*diss*) :—

On the 22nd August, 1843, one Pierre Dubeau, *auteur* of the appellants, sold, for $5 and the right to take some earth, to the *auteurs* of the respondents, the owners of a lot of land,

number 171, " for the use of the said lot, the right of draining the cellar or cellars of said lot (*sic*) by making and passing a good drain through the lot the said Pierre Dubeau has and possesses in the said town," and " beneath alley now left open between the several houses communicating from said Front Street to said McCumming Street, to make the said drain in such way as to not injure the property of said Pierre Dubeau or his assigns," and if damages is done to pay damages. It was further stipulated that no incommodity is to arise " from the present sold previlege so as to injure the said Pierre Dubeau or his assigns and to replace the sidewalks he may injure or take away."

The declaration, after setting up the deed and having made the necessary allegations to connect the parties to the suit with those of the deed, proceeds to set forth the breach complained of. It is said, that up to the 17th September, 1880, the plaintiff had full use and enjoyment of the privilege ceded to them, that then appellants constructed a barn covering the pathway under which the drain was constructed, that this barn covered the whole drain, that it was 100 feet long and 40 wide, and had stone foundations. The declaration further alleges :

1o. " Que les dits défendeurs ont ainsi construit la dite grange sans la permission et le consentement des dits demandeurs et sans leur offrir un autre fonds aussi commode pour l'exercice de leurs droits susdits.

2o. " Que les dits défendeurs ont ainsi changé l'état des dits lieux en question sans la permission et le consentement des dits demandeurs.

3o. " Que les dits défendeurs en construisant la dite grange et les dites fondations de manière à traverser et couvrir comme ils l'ont fait la dite allée et le dit canal, ont diminué l'usage des droits ci-haut mentionnés des dits demandeurs au dit passage et au dit canal, et en ont rendu l'usage plus incommode et même en ont rendu l'usage impossible.

4o. "Que les dits demandeurs sont obligés de réparer en entier de suite le dit canal, vu que des réparations à icelui sont absolument nécessaires et urgentes pour l'égoutement des dites caves de la dite maison ; que pour faire telles réparations il sont obligés de faire et faire faire des excavations considérables sur tout le parcours du dit canal, surtout sous la dite allée, mais qu'ils en sont complètement empêchés par la partie de la dite grange et les fondations d'icelle couvrant et traversant la dite allée, et ce à leur grand dommage et détriment."

By the conclusions, it is asked that plaintiffs may be declared to have a right to the servitude constituted by the deed of 1843, and then they go on to pray: "à ce que les dits défendeurs soient condamnés à démolir et enlever dans le délai à être fixé par cette honorable Cour dans et sur le jugement à être rendu en cette cause la dite grange et les fondations d'icelle, ou au moins les parties d'icelle grange et d'icelles fondations traversant et couvrant la dite allée et le dit canal et les parties d'icelle de chaque côté de la dite allée, sur une étendue suffisante pour y jeter la terre provenant des excavations nécessaires pour les réparations du dit canal et l'exercice par les dits demandeurs de leur droit d'égout, le tout conformément au jugement à être rendu en cette cause, et si non le dit délai expiré à ce que les dits demandeurs, ou toute autre personne que ce soit, soient autorisées par cette honorable Cour, en vertu du jugement à être rendu en cette cause à faire et effectuer la dite démolition de la dite grange et des dites fondations ou des parties ci-haut mentionnées d'icelle aux frais et dépens des dits défendeurs dans le délai et de la manière à être fixés par cette honorable Cour, dans et par le dit jugement, à ce que les dits demandeurs soient réintégrés et maintenus en la possession paisible sous l'autorité de cette Cour de leur dit droit d'égout, et à ce qu'il soit fait défense aux dits défendeurs de les troubler à l'avenir dans la dite possession de leur dit droit."

Under a very loose system of pleading, this declaration may not be demurrable, but as it is presented to the Court, and under the evidence, the pretention of respondents is that the right to put a pipe or subterranean drain under a field, to drain a neighbouring house, implies an obligation never to alter the then condition of the field, and specially not to built over the drain, so that the *réparation* or refection of the drain may be impeded, and that an action will lie to demolish such building whether there be need of repairs or not.

In spite of vague or equivocal words in the declaration, it is evident by the motives of the judgment, which are very clearly put, that this was the issue the Court considered it had to deal with. It is there said :—

" Considérant que la servitude ayant eu une fois son assiette fixée dans et par son titre créatif, le propriétaire du fonds assujetti ne pouvait changer l'ancien état des lieux de manière à rendre son exercice *tant pour son usage que pour sa conservation et entretien, plus incommode ;*

" Considérant que dans l'espèce il appert par la preuve que les défendeurs ont, dans l'automne de 1880, érigé des constructions sur le fonds servant de manière à couvrir l'allée dont il était question dans le titre créatif de la dite servitude, ainsi que le canal d'égout s'y trouvant enfoui ; et considérant que les défendeurs n'avaient pas le *droit*, *dans les circonstances*, *de faire telles constructions à l'endroit* et de la manière sus-indiquée, les demandeurs se trouvent dans l'impossibilité, à raison de la dite construction, de pourvoir à la réparation de leur canal d'égout de la manière dont ils pouvaient le faire en vertu du titre créatif de la dite servitude, et de la manière dont les défendeurs devaient le souffrir en vertu du même acte ;

* * * * * * *

" Et il est ordonné au défendeur Wheeler, propriétaire et possesseur actuel du dit fonds servant, de démolir et faire

disparaître telle partie de la grange érigée sur icelui qui recouvre la dite allée et le canal d'égout s'y trouvant enfoui, dans le but de permettre aux demandeurs de faire, *quand la nécessité s'en présentera*, tous les travaux et ouvrages nécessaires pour la conservation du dit canal d'égout et de la dite servitude, et *spécialement pour y faire actuellement les dits travaux de réparations*, la preuve constatant que tels travaux de réparations y sont actuellement nécessaires, et ce dans le délai de trois semaines a compter de la signification du présent jugement.

* * * * * * *

"Et il est ordonné au défendeur Wheeler *de ne plus troubler* les demandeurs à l'avenir dans l'exercice de leur dit droit de servitude, tant quant à son usage qu'à sa conservation et entretien."

This, then, is a judgment forbidding formally the appellants ever to built over this tube in the ground. The judgment about to be rendered, although it modifies to some extent the judgment appealed from, consecrates the same doctrine, in which I cannot concur.

The only principle invoked in support of this doctrine is, that the proprietor of the land charged shall not render the servitude less convenient than it was at its creation. This is undeniable as an exposition of a general principle ; but it is not less true, that the servitude cannot be extended or exaggerated. Now, in law, what is the line of division between these co-terminous rights ?

The subject of servitude is not an easy one. It has, therefore, been examined with great care, and the principles governing these rights have been minutely described, and the principal servitudes have been named. The first of all is *de non ædificandi.* Now the doctrine is to be affirmed, that the right to put a tile drain in a field includes as an accessory, this great servitude for which $5 and a little earth has been paid. If such a doctrine exists in the law, some au-

thority directly in point could surely have been produced. None has been produced either for or against this doctrine, which appears to me to be incompatible with the first principles of the law of servitudes and of the common experience of daily life. The servitude is limited by the title and what that title necessarily implies. So the right to draw water at a fountain implies the right to cross the land where it is situate in order to get to the fountain; and for a similar reason, the right to have a drain, implies the right to get at the place where it is to repair it. It does not, however, imply the much more important servitude of not building over a drain which may not require repair once in two thousand years. Drains as old as that have been found in full working order.

As to the particular case, there is no evidence that repairs are required. The only evidence attempted to be made is that respondents' cellar is damp and that water lodges there; but it is also shown that the cellar is deeper than the mouth of the drain. Respondents have no right to deepen their drain. The servitude remains as it is made.

Again, it appears that before the barn was built, the drain required repair or cleaning at the place where the barn now stands, and the ground was not dug up. I am therefore of the opinion that the judgment should be reversed, as there is no evidence that repairs are necessary, and, if necessary, that the plaintiffs are not entitled to have it declared that the building over the drain is a *trouble.*

Since this judgment was rendered, I have thought it desirable to look into the authorities to see if any could be found to support a principle so alarming as that enunciated in the judgment. The task is more tedious than difficult. Servitude come to us almost unaltered from the Roman law, and Lalaure has made a compilation of 1,029 texts from the *corpus juris* relating to them. These I have examined carefully, and there is not one that sustains the doctrine now

laid down by the Court. It cannot be said that any one directly contradicts it, for it does not appear to have occurred to any writer or litigant that such a doctrine could be advanced; but several texts are incompatible with the existence of such a doctrine. To deal with the subject in an orderly manner it may be useful to recall some general principles alluded to in the opinion in dissent.

(1) The owner of a servitude cannot augment the servitude as established. Dig. viii, t. 1, l. 9. (2) Nor can the owner of the land charged do anything to interfere with the exercise of the right. Dig. viii, t. 2, l. 20, §§ 2, 3, 4, 5, and 6; and so a proprietor cannot built where he has ceded a right of way. Dig. viii, t. 5, l. 9, etc. (3) The owner of the servitude has impliedly all that is necessary to its enjoyment. Dig viii, t. 3, l. 3, § 3. Therefore (4) the owner of the servitude has a right to repair canals and drains. Dig. 39, t. 1, l. 5, § 11. Lalaure, 477. Dig. 43, t. 23, l. 1, pr. Lal. 827. And streams. Dig. 43, t. 21, l. 4. Lal. 814. And may pierce the wall of his neibour's house and raise the pavement to make repairs. Dig. 43, t. 23, l. 1, 12. Lal. 839. Giving security, Lal. 841. All subterranean drains are included. Lal. 792, *quid sit reficere, Dic, reficere est rem ad pristinum statum reducere; hoc est, ne quis dilatet, aut producat, aut exaggeret.* Cæpolla, tr. 2 de servit, cap. LIX, 1. (5) Can it be assumed that when there is a special mention of the prohibition to built over a right of way, that if there had been a prohibition to built over a right of subterranean drain, it would have passed unnoticed? It was not that the rights as to running water were overlooked, for not only is the owner of the subject land forbidden to built over the right of way, but he is equally forbidden to built so as to prevent the right of gutter. Dig. viii, t. 5, l. 9. Again, the idea that the owner cannot built over a subterranean drain is compatible with the laws as to the cleansing of sewers.

In addition to this, a curious legal difficulty bears on this question. The right to prevent any one building on a right

of way seems to be contradicted by another law : "*Qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum qui in viâ ædificat, nihil agit, sed servitutem vindicare non prohibetur.*" Dig. t. 39, l. 1, 14. The contradiction between this text and the one already cited (Dig. viii, t. 5, l. 9) naturally has given rise to considerable controversy. (See Merlin, Den. de N. O., p. 140, Pothier, Pand., Bréard-N. 15, p. 500.) Pothier, following Cujas, adopts the view that the latter law only applies to such new works as indirectly affect the use of the servitude. Ib. and Cujas 10, 118 C.) If this be correct, it seems incontestable that the latter law is an imperfect fragment and that, if entire, it would meet exactly the case of repairs or occasional use. Being so interpreted it is decisive against the principle of the judgment in this case. Cæpolla gives a form of the action to remove an impediment to the repair or cleansing of a sewer, and the defendant's answer, from both of which it appears that the impediment need only be removed when the plaintiff requires to repair, and for the purpose of repair. Tr. II, cap. VI, 7 and 8.

Under the modern French law there does not seem to be any change from the old law in this respect. Mr. Laurent, with his accustomed vigour, builds his doctrine on the C. N., but his conclusions do not seem to add much to the doctrine of the roman law. Whether interpretation is to be strict or broad is little more than a question of degree in most cases. As regards servitudes, it never has been questioned that the greater right implies the minor, or that the necessary accessory (called by Mr. Laurent, with questionable exactitude, the "*servitude accessoire*") follows the principle by implication.

Our code has followed the old law of servitudes without deviation, except in two articles (821 and 532, § 3.) Neither of these modifications alters the general principles of servitudes. They merely affect details.

Dorion, C. J. :—

The majority of the Court are of opinion that the judg-

ment is in conformity to law, and should be confirmed. The Blacks say, you have built over our drain, and we wish to repair it. In answer to this, Wheeler pleads, first, your right to have a drain there has not been registered as required by law. This Court decided in the case of *La Banque du Peuple* & *Laporte*, that the registration of a title does not require to be renewed. This pretention of appellants is, therefore, unfounded. The next question is whether the appellant had a right to put up a building over the drain. The person to whom servitude is due, whether it be a right of way over, or a right to have a drain through, a neibour's land, is entitled to enjoy it without impediment. The proprietor of the servient land cannot diminish its use or render its exercise more inconvenient. It is shown by the evidence that repairs are necessary, and the respondents cannot get at the drain to repair it. We think, therefore, that the respondents are entitled to ask that the barn be taken down so as to enable them to make repairs to their drain. But as it may not be necessary to take down more than a small portion, we modify the judgment so as to make this more explicit, and to prevent the appellant from being put to greater inconvenience or expense than can be avoided in order to repair the drain.

As to Coker, I would be disposed to say that there should have been no damages allowed against him. He had ceased to be proprietor before the action was instituted, and no damages appeared to have been suffered, but we do not reverse the judgment on this head, as the amount is nominal.

Monk, J.:—I need not say more than that I entirely concur in the reasons which have been stated by the Chief Justice, and I am at a lost to understand how any other view can be taken of the case.

The following is the text of the judgment in appeal:—

" La Cour, etc.:—

" Considérant qu'il n'y a pas mal jugé dans le jugement

rendu par la Cour Supérieure siégeant à St. Jean, dans le district d'Iberville, le 19 d'avril, 1883, et dont est appel, confirme le dit jugement avec dépens contre les appelants, en faveur des dits intimés, avec la modification suivante, savoir : Il est ordonné au défendeur, Wm. W. Wheeler, l'un des dits appelants, propriétaire et possesseur actuel du fonds servant désigné dans la déclaration, de démolir et faire disparaître telle partie de la grange érigée sur icelui qui recouvre l'allée dont il est question dans le titre créatif de la dite servitude, et le canal d'égout s'y trouvant enfoui, jusqu'à une hauteur suffisante pour permettre aux demandeurs de faire, quand la nécessité s'en présentera, tous les travaux et ouvrages nécessaires pour la conservation du dit canal d'égout, et de la dite servitude, et spécialement pour y faire actuellement les dits travaux de réparations, la preuve constatant que tels travaux de réparations y sont actuellement nécessaires, et ce, aussi commodément qu'ils auraient pu le faire d'aprés l'état des lieux lorsque la dite servitude a été imposée par l'acte du 22me jour d'août 1843, ce qui sera établi par experts, si les parties ne peuvent s'entendre ; et ce, dans un délai de trois semaines à compter de la signification du présent jugement, ou tout autre délai qui sera fixé par la Cour Supérieure, sinon, et ce délai passé, sans avoir fait disparaître telle partie de la dite grange, il est ordonné que telle démolition et destruction soit faite sous l'autorité de la Cour, aux frais et dépens du défendeur Wheeler ;

Et il est ordonné au dit défendeur Wheeler (appelant) de ne pas troubler les demandeurs intimés à l'avenir dans l'exercice de leur droit de servitude, tant qu'à son usage qu'à sa conservation et entretien ;

" Et la Cour, quant au défendeur appelant Edward C. Coker, renvoie cette partie de l'action demandant qu'il soit restreint à reconnaître la dite servitude et à démolir la construction y érigée ; mais maintient contre lui cette partie de l'action demandant des conclusions personnelles contre lui, et le dit Wm. W. Wheeler ;

" Et en conséquence la cour condamne les défendeurs appelants à payer aux demandeurs intimés la somme de $50 à titre de dommages intérêts." (*Dissentiente* l'Hon. M. le juge Ramsay).

Judgment confirmed.

---

10 *Legal News, p.* 107, *Wheeler et Black, C. Suprême, Ottawa,* 1887. } *Actio confessoria servitutis— Building of barn over alley subject to right of access to drain— Aggravation—Art.* 557 *C. C.*

By deed dated Aug. 22, 1843, P. D. sold to one J. B. a certain property in the town of St. John, P. Q., with the right of draining the cellar or cellars of the said property " by making and passing a good drain through the lots the said Pierre Dubeau has and possesses......... and beneath the alley now left open," " and between the several houses belonging to the said Pierre Dubeau," and the said deed of sale establishing the said servitude was duly registered by a memorial thereof, October 6, 1843.

The respondents having subsequently acquired said property, by their present action against the appellants, owners of the servient land, prayed that the said appellants' property be declared to have been and to be still subject to said servitude, and that the appellants be ordered to demolish a portion of a large barn, constructed by them over said drain, which, they claim, tended to diminish the use of the servitude and to render its exercise more inconvenient. The appellants, on the present appeal, contended that inasmuch as the barn was built on wooden posts there was no solid floor in the barn, and the drain could be raised up and repaired just as well, if not better, as outside of the barn, there was no change of condition of the servient land contrary to law.

Held, affirming the judgment of the Court of Queen's Bench, Montreal, M. L. R., 2 Q. B. 139, that on the evidence the building of the barn in question aggravated the condi-

tion of the premises, and therefore that the judgment of the Court below ordering the appellants to demolish a portion of their barn covering the said drain, in order to allow the respondents to repair the drain as easily as they might have done in 1843, when said drain was not covered, and to pay $50 damages, should be affirmed.

Gwynne, J., was of opinion that all appellants were entitled to was a declaration of right to free access to the land in question for the purpose of making all necessary repairs in the drain as occasion may require, without any impediment or obstruction to their so doing being caused by the barn which had been erected over the drain, and that the action for damages was premature.

Appeal dismissed with costs.

2173. A défaut de tel renouvellement les droits réels conservés par le premier enregistrement n'ont aucun effet à l'égard des autres créanciers, ou des acquéreurs subséquents dont les droits sont régulièrement enregistrés.

2173. If such renewal be not effected, the real rights preserved by the first registration have no effect against other creditors and subsequent purchasers whose claims have been regularly registered.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 77, § 2, cité sur art. 2172.

2174. Le régistrateur ne peut faire aucune correction ou changement sur les plans et livres de renvoi; et, en tout temps, s'il s'y trouve des omissions

2174. The registrar cannot in any way correct or alter the plans or books of reference; and at any time if he find therein errors or omissions in the

ou erreurs dans la description ou l'étendue d'un lot ou parcelle de terrain, ou dans le nom du propriétaire, il en doit faire rapport au Commissaire des terres de la Couronne, qui peut, chaque fois qu'il y a lieu, en corriger l'original ainsi que la copie, certifiant telle correction.

Telle correction doit être faite cependant sans changer les numéros des lots ; et dans le cas d'omission de quelque lot, il est intercalé en le distinguant par des signes ou des lettres qui ne puissent déranger le numérotage primitif.

Le droit de propriété ne peut être affecté par les erreurs qui se rencontrent dans le plan et le livre de renvoi ; et nulle erreur dans la description, l'étendue ou le nom, ne peut être interprétée comme donnant à une partie plus de droit à un terrain que ne lui en donne son titre.

description or dimensions of any lot or parcel of land, or in the name of the owner, he must report the same to the Commissioner of Crown Lands, who may when the case requires it correct the original and the copy likewise and certify such correction.

Such correction must however be made without changing the number of the lots : and in the case of the omission of a lot it must be inserted by distinguishing it by characters or letters, so as not to interfere with the original numbering.

No right of ownership can be affected by any error in the plan or book of reference, nor can any error of description, dimensions or name be interpreted to give any person any better right to the land than his title gives him.

St. de Québec, 35 *Vict.*, *ch.* 16, *s.* 2.

Amend.—*Le statut de Q.* 35 *Vict.*, *c.* 16, *s.* 2, *contient ce qui suit :*

Si depuis le dépôt du plan et du livre de renvoi officiels

d'une localité quelconque chez le régistrateur, un chemin non cadastré porté sur le dit plan, devient propriété privée, il sera donné au dit chemin, devenu propriété privée, un numéro de la même manière qu'il est pourvu par l'article 2174 du Code civil pour le numérotage d'un lot qui aurait été omis dans la confection des dits plan et livre de renvoi.

St. de Québec, 49-50 *Vict.*, *ch.* 11, *s.* 1. } 1. Article 2174 of the Civil Code is amended by adding thereto the following paragraph :

2. After the coming into force of the provisions of article 2168 of this code, respecting the cadastre of any locality, if it be ascertained that there are certain lots of land designated erroneously under several numbers, or whenever a re-numbering becomes necessary in consequence of the construction of a new road or the closing of an old one or for any other cause, the Commissioner of Crown Lands may, on being so required by the parties interested, amend and correct the official plan and book of reference thereto of such locality, by striking out and cancelling the numbers found to be useless, provided that there are no registrations of mortgages against the numbers which it is proposed to cancel.

If it be found that the same territory is included in the cadastre of two different localities, or that some territory is included in the cadastre of a territory to which such territory does not belong, the official plan and book of reference of the place to which such territory does not belong, and the one to which it does belong, may be corrected in consequence.

Notice of such corrections, in both cases, must be given in the Quebec Official Gazette so soon as the correction has been certified by the said Commissioner."

2175. Lorsqu'un propriétaire subdivise en lots de ville ou de village [excédant le nombre de six,] un terrain marqué au plan et livre de renvoi, il sera tenu d'en déposer au bureau du Commissaire des terres de la Couronne, un plan et livre de renvoi par lui certifié, avec des numéros et désignations particulières de manière à les distinguer des lots primitifs, et si ce plan particulier et livre de renvoi sont trouvés corrects par le Commissaire des terres de la Couronne, il en transmettra copie par lui certifiée au régistrateur de la circonscription.

2175. Whenever the owner of a property designated upon the plan or book of reference, subdivides the same into town or village lots [exceeding the number of six,] he must deposit in the office of the Commissioner of Crown Lands a plan and book of reference certified by himself with particular numbers and designations, so as to distinguish them from the original lots, and if the Commissioner of Crown Lands find that such particular plan and book of reference are correct, he shall transmit a copy certified by himself to the registrar of the division.

Statut de Québec, 38 *Vict.* *ch.* 15. } Amend. — *Le statut de Québec*, 38 *Vict.*, *c.* 15, *contient ce qui suit :*

Attendu qu'il s'est élevé des doutes sur la légalité de certaines sudivisions de lots marqués aux plan et livre de renvoi officiels d'une circonscription d'enregistrement ou d'une partie de cette circonscription, et qu'il est à propos de faire disparaître ces doutes ; et attendu qu'il est à propos d'étendre et de modifier les dispositions de l'article 2175 du Code civil ; à ces causes, Sa Majesté, par et de l'avis et du consentement de la législature de Québec, décrète ce qui suit :

[ARTICLE 2175.]

1. Tout terrain indiqué sous un seul numéro sur le plan et dans le livre de renvoi de toute circonscription d'enregistrement ou partie de telle circonscription, qui a été vendu par parties ou par lots avant la passation du présent acte, entre la clôture d'aucun cadastre et la mise en opération de l'article 2168 du Code civil dans la dite circonscription ou partie de circonscription, a pu ou pourra être subdivisé et cadastré, au nom du propriétaire originaire mentionné au dit livre de renvoi, après cette mise en opération, pourvu que les formalités prescrites par l'article 2175 du Code civil aient été observées ; et le dit article 2175 du Code civil est interprété dans ce sens.

Toute subdivision faite comme susdit est valide.

Les parties vendues du dit terrain subdivisé seront connues et désignées par les numéros portées aux plan et livre de renvoi de la subdivision de ce terrain ; et les inscriptions prises sur ces lots seront bonnes et valables à tontes fins que de droit.

2. Dans le cas où un terrain, avant la passation du présent acte, a été subdivisé et vendu par lots, sans que au préalable un plan et un livre de renvoi aient été préparés conformément à l'article 2175 du Code civil, le Commissaire des terres de la Couronne pourra, sur une requête à lui adressée par la majorité des parties intéressées, permettre qu'un plan et un livre de renvoi de la subdivision de ce terrain soient faits, pourvu que les formalités suivantes soient observées :

1. Un plan sera fait portant des numéros comme les subdivisions ordinaires, ainsi qu'un livre de renvoi y correspondant, lesquels seront signés et certifiés corrects par les parties intéressées, et adressés avec une copie des dits plan et livre de renvoi, au Commissaire des terres de la Couronne qui gardera l'original et expédiera cette copie certifiée par lui, au régistrateur de la circonscription ;

2. Le régistrateur préparera alors son index aux immeubles

pour tel terrain ainsi cadastré dans son livre d'index pour les subdivisions ;

3. Sur certificat du régistrateur du dépôt du plan et du livre de renvoi de telle subdivision ainsi préparés, le lieutenant-gouverneur en conseil lancera une proclamation par laquelle il ordonnera que toutes les hypothèques affectant particulièrement aucun des lots mentionnés aux dits plan et livre de renvoi et non compris les hypothèques affectant tout le terrain ainsi subdivisé, soient renouvelées dans un délai de six mois à compter du jour fixé dans telle proclamation, et à défaut de faire tel renouvellement, toute personne qui ne se sera pas conformée aux dispositions de cette section, perdra son rang ou priorité d'hypothèque ;

4. Les frais de tels plan et livre de renvoi seront à la charge des parties intéressées.

Les dispositions de la présente section ne s'appliqueront qu'aux faits antérieurs à la passation du présent acte, et ne devront pas s'interpréter comme permettant à l'avenir de faire des plan et livre de renvoi autrement qu'en conformité des dispositions du dit article 2175 et du présent acte.

3. Nonobstant l'article 2175 du Code civil, tout terrain pourra être subdivisé en lots de ville et de village, ou en partie de lots de ville ou de village, quel qu'en soit le nombre ; et une autre subdivision du dit terrain pourra être substituée à toute subdivision déposée chez le régistrateur, ou toute partie de subdivision à une autre subdivision, pourvu que le plan et le livre de renvoi soient faits et déposés conformément à l'article 2175 du Code civil, par le propriétaire ou autre personne intéressée.

Les nouvelles subdivisions de terrains seront de plus sujettes aux conditions suivantes :

1. Les plan et livre de renvoi de la nouvelle subdivision faits par les parties intéressées comme susdit, et déposées au bureau du Commissaire des terres de la Couronne, seront accompagnés d'un certificat du régistrateur de la circonscription d'enregistrement où une subdivision aura déjà été

faite, constatant si des inscriptions ont été prises sur quelqu'un des lots compris dans la subdivision ; et s'il ne se trouve pas d'inscriptions sur ces lots, le dit Commissaire des terres de la Couronne annulera le plan et le livre de renvoi de la subdivision antérieure, et transmettra la copie par lui certifiée des plan et livre de renvoi de la nouvelle subdivision, au régistrateur qui devra sans délai renvoyer au dit Commissaire des terres de la Couronne, les plan et livre de renvoi auxquels les nouveaux sont substitués.

2. Si le certificat du régistrateur constate qu'il y a eu des lots de telle subdivision affectés par des inscriptions, le Commissaire des terres de la Couronne annulera les plan et livre de renvoi, seulement pour la partie du terrain qui n'aura pas été affectée par telles inscriptions ; et il transmettra une copie certifiée du plan et du livre de renvoi de la nouvelle subdivision au régistrateur qui devra sans délai renvoyer au dit Commissaire des terres de la Couronne les plan et livre de renvoi auxquels les nouveaux sont substitués, pourvu toujours qu'il ne soit fait aucun changement ni aucune altération aux numéros donnés aux dits lots ainsi affectés, lesquels numéros seront conservés sur les nouveaux plan et livre de renvoi, et feront partie de la nouvelle série de numéros.

3. La partie requérant telle substitution de subdivision ou de partie de subdivision, devra payer au régistrateur les frais ordinaires pour recherches et les frais occasionnés par la perte des feuilles de l'index aux immeubles, quand il y aura lieu.

Statut de Québec, 40 *Vict.*, *ch.* 16, *ss.* 4-5-6. } *Le statut de Quebee*, 40 *Vict.*, *c.* 16, *ss.* 4, 5, 6, *contient ce qui suit* :

4. Dès qu'un plan de subdivision ou redivision, accompagné d'un livre de renvoi, aura été déposé chez lui, le régistrateur devra annoter, dans l'index aux immeubles, sous le numéro du lot originaire, ou de la subdivision ou redivi-

[ARTICLE 2176.]

sion, le fait que tel lot a été subdivisé ou redivisé, en tout ou en partie, selon le cas.

5. Lorsqu'une subdivision ou une redivision a été faite, le numéro spécial et la désignation donnés à chaque lot sur le plan et dans le livre de renvoi de telle subdivision ou redivision, constitueront l'exacte description de tels lots subdivisés respectivement, laquelle sera suffisante dans tout document ; et les dispositions de l'article 2168 du Code civil s'appliqueront aux lots de cette subdivision ou redivision. Lorsqu'une partie seulement d'un lot originaire sera subdivisée ou lorsque partie seulement d'un lot dans une subdivision sera redivisée, il suffira pour désigner la partie non divisée, de l'appeler la partie non divisée de tel lot originaire ou de tel lot dans une subdivision.

6. Le Commissaire des terres de la Couronne pourra faire publier, dans la *Gazette Officielle* de Québec, le livre de renvoi de toute subdivision ou redivision, avec le même effet que celui de la publication du livre de renvoi d'une localité en vertu de la sixième section du chapitre vingt-cinquième de la trente-deuxième Victoria.

2176. Lorsque la subdivision des lots d'une localité parait l'exiger, le gouverneur en conseil peut, de temps à autre, ordonner qu'il soit fait un plan et livre de renvoi amendés et qu'il en soit déposé une copie entre les mains du régistrateur de telle localité ; mais ces plan et livre de renvoi amendés doivent être ba-

2176. When by reason of the subdivision of the lots in any locality it is deemed necessary, the Governor in Council may from time to time order an amended plan and book of reference to be made out and a copy thereof to be deposited with the registrar of such locality ; but such amended plan and book of reference must

sés sur les anciens et s'y rapporter ; et le gouverneur peut, par proclamation, déclarer le jour auquel ils seront mis en usage conjointement avec les anciens ; et à compter du jour ainsi fixé les dispositions du code s'appliqueront à ces plan et livre de renvoi amendés.

be based upon and refer to the former ones ; and the governor may by proclamation fix the day upon which they will begin to be used together with the former ones ; and from and after the day so fixed the provisions of this code shall apply to such amended plan and book of reference.

St. de Québec, 32 *Vict.*, *ch.* 25, *ss.* 5-6. } Amend.—*Le statut de Q.*, 32 *Vict.*, *c.* 25, *ss.* 5 *et* 6, *contient ce qui suit :*

5. L'article suivant est et sera ajouté à la section deux du chapitre six du titre dix-huit du Code civil du Bas-Canada, savoir :

" 2176*a*. Chaque fois que le plan des lots de terre d'une cité, d'une ville, d'un village, d'une paroisse, d'un canton, d'une division quelconque de ces localités, faisant partie d'une circonscription d'enregistrement, a été fait conformément aux dispositions du chapitre trente-sept des Statuts Refondus pour le Bas-Canada et de l'acte vingt-sept et vingt-huit Victoria, chapitre quarante, le lieutenant-gouverneur en conseil peut faire déposer au bureau du régistrateur de la circonscription d'enregistrement qu'il appartient, une copie correcte de ce plan, ainsi qu'une copie du livre de renvoi qui s'y rapporte.

Le dépôt de tels plan et livre de renvoi, est annoncé par une proclamation du lieutenant-gouverneur en conseil fixant en même temps le jour auquel les dispositions de l'article deux mille cent soixante et dix-huit deviendront en force dans cette circonscription d'enregistrement, relativement à la localité dont le plan des terres a été ainsi déposé ; et à

dater de l'époque fixée dans la proclamation, toutes les dispositions du Code s'appliqueront à ce plan et à ce livre de renvoi, ainsi qu'aux terres ou propriétés comprises dans ce plan, et à tous contrats, hypothèques ou actes quelconques, concernant ou affectant telles terres ou propriétés, de la même manière que si le dépôt du plan de toute la circonscription d'enregistrement eût été fait conformément à l'article deux mille cent soixante et six."

6. Le Commissaire des terres de la Couronne pourra faire publier dans la *Gazette Officielle* de Québec, le livre de renvoi d'une localité, ou de chaque localité comprise dans une circonscription d'enregistrement, et toute copie imprimée et publiée dans la dite *Gazette* fera preuve et aura le même effet que l'original du dit livre de renvoi.

St. de Québec, 49-50 *Vict.*, *ch.* 11 *s.* 2.

2. Article 2176 of the said code is amended by adding thereto the following paragraph :

"2. Whenever the plan and book of reference of any locality has become worn-out or defective, owing to corrections or from decay or otherwise, the Lieutenant-Governor in Council may also order that such plan and book of reference be renewed, and that a copy thereof be deposited in the registry office of such locality."

SECTION III.

DE LA PUBLICITÉ DES REGISTRES.

2177. Le régistrateur est tenu de délivrer à toute personne qui en fait la demande un état par lui certifié de tous les droits réels subsistants qui grèvent un immeuble par-

SECTION III.

OF THE PUBLICITY OF THE REGISTERS.

2177. The registrar is bound to deliver to any person demanding the same a statement certified by himself of all the real rights affecting any particular immoveable, or

ticulier, ou dont peuvent être grevés tous les biens d'une personne, ou des hypothèques créées et enregistrées pendant une période déterminée, ou seulement contre certains propriétaires de l'immeuble désignés dans la demande qui en est faite par écrit, contenant une description suffisante des propriétaires, et dans ce dernier cas mention en est faite dans le certificat, et le régistrateur n'est pas responsable des omissions dans le certificat résultant des erreurs ou omissions de noms dans telle demande ; et si tels propriétaires ne sont pas nommés dans la réquisition, le régistrateur est tenu de constater quels étaient les propriétaires pendant la période indiquée, de la manière prescrite relativement au certificat à donner sur vente par décret forcé.

which may affect the whole of any person's property, or of all hypothecs created and registered during a stated period or only against certain proprietors of the immoveable designated in a written requisition to that effect, containing a sufficient description of the owners, in which case the requisition is mentioned in the certificate and the registrar is not responsible for any omission in the certificate resulting from errors or omissions of names in the requisition ; and if such proprietors be not named in the requisition, the registrar is bound to ascertain who were proprietors during the given period in the manner provided with respect to the certificate to be given in cases of sheriff's sales.

---

* *C. N.* 2196. } Les conservateurs des hypothèques sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent, copie des actes transcrits sur leurs registres et celle des inscriptions subsistantes, ou certificats qu'il n'en existe aucune.

* *Sts. Ref. B. C., ch. 37, s. 44.* } Toute personne pourra demander et obtenir du régistrateur du comté ou de la division d'enregistrement qu'il appartient, un certificat à l'effet de celui mentionné dans les sections sept et huit du chapitre trente-six de ces Statuts Refondus, en par elle fournissant au dit régistrateur telle description de l'immeuble à l'égard duquel le certificat est demandé, qui serait, à l'époque où tel certificat est demandé, une description suffisante, aux termes des dispositions du dit chapitre, du même immeuble dans une annonce donnée par le shérif de la vente de tel immeuble sous exécution ; mais nul régistrateur ne sera tenu de délivrer tel certificat avant d'avoir reçu les honoraires qui pourront être fixées par le gouverneur en conseil en vertu du présent acte. 23 V. c. 59, s. 16.

St. de Québec, 31 Vict., ch. 2, s. 6. } Amend.—*L'acte Q.* 31 *Vict., ch.* 2, *s.* 6, *contient ce qui suit :*

Nul certificat d'enregistrement d'aucun titre, instrument ou document, ou d'aucune recherche, sur lesquels titre, instrument, document ou recherche, un droit payable par le moyen de timbres est alors imposé par aucun ordre en conseil passé en vertu de cet acte, ne sera reçu en preuve devant aucune cour, ni n'aura un effet quelconque, à moins que les timbres de rigueur pour le paiement de tel droit, ne soient apposés sur tel certificat, soit qu'il soit écrit sur tels titre, instrument ou document, ou donné séparément, sous la réserve toutefois du pouvoir qui est conféré à la cour ou au juge ayant juridiction à cet égard par la dix-huitième section du dit acte de la session tenue en les vingt-septième et vingt-huitième années du règne de Sa Majesté, de permettre qu'il soit apposé des timbres sur la demande d'aucune partie, suivant les conditions imposées par tel cour ou tel juge, en vertu des dispositions de la dite section.

Chaque régistrateur dans le Bas-Canada, devra tenir un livre dans lequel il entrera d'une manière concise, jour par

jour, et au fur et à mesure qu'elles se présenteront, une note de chaque recherche faite dans son bureau, le et après le jour auquel un droit deviendra payable comme susdit, constatant le nom de la personne demandant ou faisant telle recherche, et l'honoraire payé pour chacune ; et s'il a donné un certificat ou non de telle recherche ; et en regard de chaque note de recherche dont il n'aura pas donné de certificat, il apposera un timbre pour le droit payable pour telle recherche, si tel droit est alors payable par le moyen de timbres ; et chaque régistrateur devra à l'avenir constater dans le rapport qu'il est tenu de faire annuellement en vertu du chapitre cent onze des Statuts Refondus du Bas-Canada, le montant des honoraires qu'il aura reçus chaque année, pour recherches faites dans son bureau, aussi bien que le montant des droits par lui reçus sous l'autorité du présent acte.

2178. Le régistrateur est tenu de donner à ceux qui le requièrent copie des actes ou documents enregistrés, mais en y faisant mention des quittances, radiations, [cessions ou subrogations] qui peuvent y être entrées ou mentionnées en marge.

2178. He is bound to deliver, to all persons demanding the same, copies of the acts or documents registered, but he must mention thereon the discharges, cancellations, [conveyances or subrogations] thereof which are entered in such register or in the margin.

---

* *C. N.* 2199. } Dans aucun cas les conservateurs ne peuvent refuser ni retarder la transcription des actes de mutation, l'inscription des droits hypothécaires, ni la délivrance des certificats requis, sous peine des dommages et intérêts des parties ; à l'effet de quoi, procès-verbaux des

refus ou retardements seront, à la diligence des requérants, dressés sur-le-champ, soit par un juge de paix, soit par un huissier audiencier du tribunal, soit par un autre huissier ou un notaire assisté de deux témoins.

2179. Il est aussi tenu de communiquer le livre de présentation à tous ceux qui désirent l'examiner, sans déplacement, pendant les heures du bureau, et sans frais.

Il doit, sur paiement de l'honoraire légalement exigible, exhiber le registre à toute personne qui a requis l'enregistrement d'un acte et désire constater si l'enregistrement est fait.

2179. He is also bound to allow all persons desirous of examining the entry-book during his office hours, to take communication of the same without removing it, and free from charge.

He must likewise, upon payment of the lawful fee, exhibit the register to any person who has required the registration of an act and wishes to be assured of such registration.

St. de Quebec, 31 *Vict.*, *ch.* 2, *s.* 6, § 4. } *L'acte de Q.* 31 *Vict.*, *c.* 2, *s.* 6, § 4, *contient ce qui suit :*

Chaque régistrateur dans le Bas-Canada devra tenir un livre dans lequel il entrera d'une manière concise, jour par jour, et au fur et à mesure qu'elles se présenteront, une note de chaque recherche faite dans son bureau, le et après le jour auquel un droit deviendra payable comme susdit, constatant le nom de la personne demandant ou faisant telle recherche, et l'honoraire payé pour chacune, et s'il a donné un certificat ou non de telle recherche ; et en regard de chaque note de recherche dont il n'aura pas donné de certificat, il apposera un timbre pour le droit payable pour telle recherche, si tel droit est alors payable par le moyen de timbres ; et chaque régistrateur devra à l'avenir constater

dans le rapport qu'il est tenu de faire annuellement en vertu du chapitre cent onze des Statuts Refondus du Bas-Canada, le montant des honoraires qu'il aura reçus chaque année, pour recherches faites dans son bureau, aussi bien que le montant des droits par lui reçus sous l'autorité du présent acte.

St. de Québec, 39 *Vict.*, *ch.* 25. } Amend.— *Par l'acte de Q.* 39 *Vict.*, *c.* 25, *l'article* 2179 *du Code civil est amendé en y ajoutant l'alinéa suivant :*

" Il doit aussi sur paiement de l'honoraire légalement exigible, communiquer l'index aux immeubles à tous ceux qui désirent l'examiner sans déplacement."

2180. Les entrées sur les registres et livres tenus par le régistrateur sont faites à la suite, sans blancs ni interlignes.

Tout document enregistré doit être numéroté et transcrit dans l'ordre de sa présentation, avec mention, en marge du registre, de l'heure, du jour, du mois et de l'année auxquels le document a été déposé au bureau pour enregistrement.

Le régistrateur est tenu de donner, quand il en est requis, à la personne qui présente un document pour enregistrement un

2180. The entries upon the registers and books kept by the registrar must be consecutive without blanks or interlineations.

Every document registered must be numbered and transcribed in the order in which it is produced, and mention must be made in the margin of the register, of the hour, day, month and year when it was deposited in the office for registration.

The registrar is bound, when required to do so, to give the person who presents a document for registration a receipt indica-

reçu indiquant le numéro sous lequel le document est entré au registre de présentation.

ting the number under which such document is entered in the entry-book.

---

* *C. N.* 2203. } Les mentions de dépôts, les inscriptions et transcriptions sont faites sur les registres, de suite, sans aucun blanc ni interligne, à peine, contre le conservateur, de mille à deux mille francs d'amende, et des dommages et intérêts des parties, payables aussi par préférence à l'amende.

---

* *Sts. R. B. C., ch.* 37, *s.* 60. } Tout sommaire ou document enregistré dans tel registre sera numéroté, et le jour, le mois, l'année et l'heure du jour où il est enregistré, seront entrés à la marge du registre ; et le régistrateur sera tenu de déposer tous les sommaires et de les entrer (ainsi que les documents présentés pour être enregistrés au long) consécutivement, dans l'ordre où ils lui sont présentés, et sans laisser de blanc ou espace entre les sommaires ou documents ainsi enregistrés. 4 V. c. 30, s. 19.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 63, § 2, cités sur art. 2161.

2181. Les registres servant à l'enregistrement sont, avant d'y faire aucune entrée, authentiqués par un memorandum écrit sur la première page et signé par le protonotaire de la Cour Supérieure du

2181. Every register for registration must, before any entry is made therein, be authenticated by a memorandum written on the first page thereof and signed by the prothonotary of the Superior

district. Dans ce memorandum sont certifiés l'usage auquel le registre est destiné, le nombre de feuillets y contenus, et le jour, le mois et l'année où ce memorandum a été fait, les registres étant cotés en toutes lettres, et paraphés à chaque feuillet par le protonotaire du district.

Court in the district in which such register is to be used ; and such memorandum must contain a certificate stating the purpose for which the register is intended, the number of leaves therein, and the day, month and year in which such memorandum is made ; each leaf being uumbered in words at length and paraphed by the said prothonotary.

---

* *C. N.* 2201. } Tous les registres des conservateurs sont en papier timbré, cotés et paraphés à chaque page, par première et dernière, par l'un des juges du tribunal dans le ressort duquel le bureau est établi. Les registres seront arrêtés chaque jour comme ceux d'enregistrement des actes.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 59, cités sur art. 2161.

2182. [Les dispositions de l'article précédent, s'appliquent également au registre de présentation et à l'index des immeubles.]

2182. [The provisions of the preceding article apply equally to the entry-book and to the index to immoveables.]

TITRE DIX-NEUVIÈME | TITLE NINETEENTH

DE LA PRESCRIPTION. | OF PRESCRIPTION.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

Rapport de MM. les Commissaires. Le sujet de ce titre offrait pour difficulté principale la complexité résultant du mélange de notre ancien droit avec le droit anglais en ce qui touche les matières commerciales, et affectant surtout les prescriptions qui se rattachent aux affaires journalières. L'étendue à donner à chaque système de lois dans l'application pratique, la discrimination entre les règles qui devaient dans chaque cas suivre comme conséquence le droit auquel elles se rattachaient, et celles qui devaient être prises dans le droit opposé par suite de quelque principe dominant, demandaient une coordination d'autant plus embarrassante que, dans l'introduction graduelle des lois anglaises, l'on n'avait pas cherché à concilier ensemble les deux droits.

Deux manières s'offraient pour combler cette lacune ; la première d'exposer et de conserver séparément, d'après chaque loi, les prescriptions particulières telles qu'on pouvait les inférer comme résultant de notre jurisprudence et des dispositions législatives qui l'ont rendue ce qu'elle est ; ce plan aurait maintenu dans tous les détails une multiplicité de règles souvent contraires, et nécessiter constamment des distinctions qui n'auraient pas été toujours sûres, et des études qui auraient rendu cette partie du code d'une moindre utilité. L'autre manière d'envisager le sujet était de fondre ensemble les deux corps de loi sur la matière dont il s'agit, en essayant d'en faire un résumé pratique et abrégé, différant aussi peu que possible de ce qui est d'usage, et se rattachant d'ailleurs aux règles de nos anciennes lois. Cette dernière marche est celle qui a été suivie. Elle était indiquée d'avance par l'assimilation presque entière effectuée à beaucoup d'autres égards entre la loi des affaires commerciales et celle des affaires de nature presque semblable qui n'étaient pas considérées comme telles.

Dans la suggestion des amendements par là nécessités, l'on s'est attaché aux principes de l'ancien droit sur les principaux incidents de la prescription, en même temps qu'on a conservé, en les simplifiant, et en leur donnant une application plus générale, les temps requis pour prescrire, d'après les lois anglaises et d'après nos statuts provinciaux qui les ont introduites ou imitées ; l'on a aussi maintenu les vues résultant des mêmes autorités quant à la réalité des prescriptions et à l'application des lois canadiennes en ce qui les concerne, sans cependant adopter les maximes exclusives du droit anglais quant à refuser presque tout effet aux prescriptions complétées ou commencées sous une loi étrangère.

Une remarque est à faire sur une subdivision différente de ce titre, savoir celle qui a rapport à la prescription en faveur des tiers-acquéreurs, tant pour leur assurer la sécurité de la propriété, que pour les libérer des charges. La tendance de la jurisprudence ancienne était déjà, à l'époque de la cession du Canada, devenue beaucoup plus favorable à cette classe de possesseurs, en faisant considérer surtout leur bonne foi à l'époque où ils avaient contracté, et en admettant la justesse du titre plutôt en vue de sa nature et de cette bonne foi, que d'après le droit absolue à la propriété où à la possession de celui qui conférait ce titre. Cette faveur à accorder à la bonne foi a été entièrement accueillie par notre législation, qui tant par les lois d'enregistrement que d'ailleurs, s'est montrée disposée à opérer la sûreté des acquisitions. L'on n'a donc pas eu de scrupule à donner suite à cette façon d'envisager la position des tiers de bonne foi.

Ces observations préliminaires suffiront, avant d'entrer en explication sur le détail des articles, dans lequel on ne s'est éloigné de l'arrangement du code français que dans des cas dont la raison apparaît.

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Voyez ce que nous avons dit page 358.

L'article 2183 définit la prescription ainsi que l'a fait le code français. Les deux paragraphes ajoutés, en imitation

du code de la Louisiane, font mieux distinguer l'une de l'autre la prescription pour acquérir et celle pour se libérer, dont les différences se présentent souvent dans l'examen de tout le titre.

L'article 2184 est aussi emprunté du code français, en éclaircissant ce que des auteurs ont regardé comme une omission sur la renonciation au bénéfice du temps écoulé.

Les articles 2185 et 2186 sont les mêmes qu'au Code Napoléon et n'exigent pas de commentaire.

L'article 2187, changé d'ordre avec le suivant, est pour la protection des tiers. C'est une règle générale qui ne cède que devant le manque de bonne foi de ces derniers lorsque le serment peut leur être déféré. L'on n'a pas désigné les créanciers en particulier, parce qu'il aurait fallu énumérer aussi les tiers-acquéreurs, et les autres que l'article comprend dans sa généralité.

L'article 2188, est le même qu'au code français. Il est vrai pour tous les cas de prescription proprement dite, où la reconnaissance du droit d'autrui met obstacle à ce qu'un débiteur prescrive, y compris les déchéances en général, que Merlin dit être presque en tout assimilables aux autres prescriptions. Si dans quelques cas la déchéance peut être considérée comme déclarée par des motifs plus particuliers d'ordre public, à l'encontre desquels la reconnaissance du droit serait sans effet, ces cas suivront leur nature spéciale ; si dans d'autres cas toutes les exceptions sont, pour accélérer la procédure, supposées comprises dans une défense générale, c'est une facilité qui ne peut infirmer la règle ; l'on n'a pas voulu se montrer ici plus méticuleux que le Code Napoléon.

L'article 2189, est une conséquence des principes plus généraux sur la loi qui régit les biens. Il sert d'introduction à un sujet assez étendu, celui du lieu dont la loi doit s'appliquer en matière de prescription. Cette matière est omise dans le code français, parce que là on avait en vue la population presque totale d'un même empire, le code ayant été même postérieurement rendu applicable aux colonies ; et

quant aux relations avec les pays étrangers, elles étaient de moindre importance ou du moins l'on s'en préoccupait peu à cette époque d'hostilités entre les nations. Pour nous l'omission de ce sujet serait d'autant plus regrettable, que l'application de notre code ne s'étendra qu'à une petite portion des territoires britanniques, pendant que nos relations avec le Haut Canada et les autres colonies comme avec la métropole sont constantes et d'une importance majeure, et que notre population s'accroit sans cesse par l'émigration venant tant du Royaume-Uni que d'autres pays ; quant à nos voisins américains, qui ont aussi des lois différentes des nôtres, nos relations commerciales avec eux sont de même importantes et multipliées.

Avant de considérer le reste de ce premier chapitre, l'on voudra bien se rapporter aux observations préliminaires qui commencent les présentes remarques. L'on n'a pas prétendu ici, dans l'exposé de la loi, faire l'historique de ce qu'on a compris sous ses termes tant en Angleterre, sous le statut Jacques I, dit statut de limitations, qu'en ce pays, sous les lois et la jurisprudence d'après lesquelles ces prescriptions ont d'abord été introduites comme matière se rattachant à la preuve, puis finalement introduites dans leur ensemble. Il serait encore moins utile de s'étendre sur les doutes qui avaient existé jusqu'à l'époque de cette dernière législation, qui a eu son effet généralement en matières commerciales sur le temps requis pour prescrire, effet que nous voulons conserver ; mais législation dont les termes ne pouvaient avoir une application claire à notre droit et à notre manière de constater les obligations et d'envisager certains contrats. Aussi dans les termes introductifs de cette loi, s'est-on borné aux affaires commerciales. Mais cette introduction ayant eu lieu, la loi du lieu de la prescription comme celle de sa course se trouvaient indubitablement suivre d'après les lois anglaises quant aux matières qui y étaient soumises. C'est ce qu'exposait un article projeté qui n'a pas été adopté.

L'article 2190, en rangeant dans la même catégorie la loi du lieu quant aux affaires de commerce comme quant aux

autres actions mobilières et personnelles, donne l'avantage des prescriptions acquises ou commencées sous les lois de pays différents, d'après les maximes reconnues dans notre ancien droit, et aussi l'avantage de la combinaison, d'après les mêmes maximes, des temps qui ont commencé de s'écouler ailleurs et qui ont continué de courir dans le Bas-Canada ; tout en adhérant au principe de réalité d'après lequel aucune prescription étrangère subséquente ne peut se substituer à la nôtre qui a une fois commencé à courir, ce qui se trouve plus bas déclaré dans l'article en amendement (2190).

L'article 2224 du Code Napoléon n'est pas reproduit, comme tenant à une organisation judiciaire particulière.

CHAPITRE II.

DE LA POSSESSION.

Les articles 2192 à 2196, qui commencent le chapitre de la possession en tant que requise pour prescrire, sont dans les mêmes termes que ceux auxquels ils correspondent dans le code français.

Il en est de même de l'article 2197, si ce n'est quant au second paragraphe de l'article 2133 du Code Napoléon, qui n'a pu être reproduit comme étant pour nous la loi en force, les maximes de notre ancien droit s'opposant à ce que la possession violente puisse devenir légitime lorsque la violence a cessée. Il paraît plus juste et plus conforme aux notions primaires sur le sujet d'adopter la doctrine du code français, en exceptant cependant le voleur, qui doit être distingué du simple possesseur violent. C'est ce qui est mis à effet par l'article en amendement (2198).

Les articles 2199 et 2200 représentent ceux notés 2234 et 2235 au code français, avec un changement de rédaction à ce dernier pour le rendre plus clair et plus exact conformément aux remarques des commentateurs.

CHAPITRE III.

DES CAUSES QUI EMPÊCHENT LA PRESCRIPTION.

L'article 2201, qui commence un nouveau chapitre, établit avec notre droit comme avec le code français, qu'on ne peut

prescrire les choses qui ne sont point dans le commerce ; sous cette forme l'article est à la fois exact et suffisant, quoiqu'on n'en puisse induire une parfaite similitude entre ce qui est aliénable et ce qui est prescriptible, ce qui est reconnu n'être pas absolu. Cet article réfère à l'extention qu'il reçoit au chapitre subséquent.

La présomption de la bonne foi était déclarée par un article projeté ; l'article 2202 l'amende en déclarant avec moins de doute un principe simple et équitable, et dont la généralisation se trouve d'accord avec l'ensemble de la doctrine.

L'article 2203 représente l'article 2236 du Code Napoléon. Ce dernier se borne à ceux qui possèdent pour autrui. L'on y a omis l'emphytéote, qui possède pour lui-même, mais avec reconnaissance d'un propriétaire dominant. Que ce soit une omission, que ce fût à dessein ou en haine de tout ce qui pouvait ressembler aux droits seigneuriaux, il n'importe. Pour nous, qui avons incontestablement conservé l'emphytéose, qui au surplus existe aussi encore en France d'après les légistes, nous devons classer cette espèce de possession avec celle des détenteurs précaires pour les fins du présent article. Il était nécessaire d'y exprimer plus clairement que la prescription ne peut avoir lieu contre le propriétaire, même après la fin du bail emphytéotique ou de la précarité, parce que le possesseur dans ces cas ne peut changer la cause et l'origine de sa possession. Il ne peut non plus se libérer de la redevance, mais la quotité en moins et les arrérages en sont prescriptibles, parce qu'ils n'affectent pas le fonds du droit. Tout cela est loi ancienne, et est conservé par l'article, qui reconnait aussi les droits démembrés comme une propriété distincte, déclarant aussi que pour le propriétaire du fonds ce n'est pas prescrire contre son titre que d'acquérir l'affranchissement du droit démembré au moyen d'une possession libre. Cet article établit aussi les règles de la prescription entre l'absent et l'envoyé en possession définitive qui, à la vérité, ne possède ni pour un autre ni avec reconnaissance d'un domaine supérieur, mais à la charge

de rendre éventuellement à peu près comme le grevé de substitution.

L'article 2204 exclut les héritiers qui ne font que continuer la possession de celui qui est lui-même empêché de prescrire.

Cependant celui-ci et ses héritiers peuvent le faire au moyen d'une nouvelle possession commencée à un autre titre qu'on appelle titre interverti ; c'est ce qu'exprime l'article 2205. On y a ajouté le grevé de substitution qui se trouvera évidemment dans le même cas par suite de la loi qui le soumet aux mêmes incapacités, vû l'amendement adopté ci-après pour faire courir la prescription en faveur des tiers contre l'appelé capable d'agir.

L'interversion peut avoir lieu par contrat avec celui qui était ou se prétendait propriétaire ; on l'appelait en ce cas juste interversion, par opposition à celle que l'on appelait injuste et qui avait lieu malgré le propriétaire. Ces termes de juste et injuste étaient des technicalités, qui n'empêcheraient pas la dernière sorte d'interversion d'avoir son effet. C'est de celle-ci qu'il s'agit, la possession devenant utile par rapport à la première en vertu de l'acte du propriétaire lui-même.

Notre article veut que l'interversion soit suffisamment connue du propriétaire intéressé ; c'est conforme à notre droit, et si cela n'est pas requis sous le code français, il est admis que c'est seulement par suite de l'omission qui y est faite à cet égard. La dénonciation du titre, lorsque les actes de contradiction sont insuffisants pour avoir le même effet, est au surplus de toute justice, parce que les qualités extérieures de la possession ne sont pas alors changées. Les actes en interversion ne peuvent avoir lieu contre les mineurs et autres personnes contre lesquelles la prescription ne peut courir.

Un article de projet soumettait à la prescription le propriétaire nonobstant le démembrement ou la précarité, rien ne l'empêchant de se protéger ; ce qui est conforme à la loi. Un amendement n'était suggéré par l'article 2206 que

pour établir que l'absence seule ne constitue pas une cause de suspension et réduire à dix ans la possession des tiers-acquéreurs avec titre et bonne foi. La facilité des communications de pays à pays, rend sans exactitude la présomption de l'impossibilité d'agir qu'on fondait sur l'absence seule du moins pour un temps doublé ; il est plus simple et plus en harmonie avec les vues adoptées sur la position des acquéreurs, de rendre la durée uniforme.

Le premier paragraphe d'un article (2207) était conforme à notre droit ancien et ne demandait pas d'amendement. Le cas d'interversion est excepté plus haut en prévision de l'amendement suggéré ici au second paragraphe.

Ce second paragraphe, dans l'exposé de la loi ancienne déclarait que même pour les tiers la prescription ne court pas contre l'appelé avant que son droit ne soit ouvert. C'est l'opinion de presque tous les auteurs, qui regardaient cet appelé comme n'ayant absolument aucun droit, le rangeaient même lorsqu'il était majeur dans la classe de ceux qui sont dans l'impossibilité d'agir, même au moyen de l'action en interruption. Cette manière de voir n'a pas paru exacte aux Commissaires, qui ont pensé que le droit, quoique éventuel ou incertain même, n'en existe pas moins sujet au terme ou à la condition, et donne lieu aux actes conservatoires, et que l'action en interruption est la conséquence plutôt que le principe de ce droit. Ils ont cru aussi que l'on a confondu en la généralisant l'incapacité de l'appelé, que l'on a rapportée à la substitution même, plutôt qu'au privilége qui le plus souvent est applicable dans ces cas en faveur des non-nés, des mineurs et autres.

D'un autre côté Pothier, qui faisait courir la prescription en faveur des tiers contre toutes personnes lorsque le possesseur dépouillé possédait pour lui-même comme propriétaire, n'avait aucun égard à la condition de réversibilité ; il était par conséquent, avec quelques autres, d'une opinion contraire. Mais il poussait si loin la rigueur des conséquences, qu'il faisait courir la prescription en ce cas contre les mineurs et même les non-nés. De même, ses idées sur le juste

titre lui faisaient en refuser l'avantage au tiers-acquéreur de bonne foi dont le titre dérivait du grevé même par transmission de plusieurs intermédiaires. Les conclusions de ce grand légiste sur le premier point ne paraissant pas aussi équitables que le maintien du privilége personnel des nonnés et des mineurs, et ses vues quant à la justesse du titre étaient contraires à notre législation et de nature à compliquer un sujet qui s'étend aux acquéreurs en général, son opinion n'a pu être donnée comme loi, mais le second paragraphe est offert comme réglant une question douteuse.

Les Commissaires, par le second paragraphe amendé dans l'article 2207, en viennent cependant à la conclusion que la prescription devait courir lorsqu'un privilége suspensif, n'existe pas d'ailleurs ; ils ont cru ainsi rémédier à une confession d'idées, et ils proposent de déclarer comme conséquence que l'action en interruption existe pour le cas.

Les trois autres paragraphes de l'article projeté contiennent des détails utiles conformes à notre droit.

Le résultat sera le même que sous le code français. Quoique les substitutions y soient reconnues dans certaines limites plus rétrécies, l'exigence des temps a fait changer les noms, et l'on ne réfère pas souvent au sujet. Il n'en est pas parlé quant à la prescription, mais l'article 2251 qui la fait courir contre toutes personnes, inclut les appelés comme tels, sauf la protection qu'ils conservent comme mineurs ou autrement. C'est ce qu'opèrera notre article amendé.

Les articles 2208, 2209 et 2210, reproduisent, en les complétant, ceux du code français sur la question de savoir ce qu'on entend par prescrire contre son titre.

CHAPITRE IV.

DE CERTAINES CHOSES IMPRESCRIPTIBLES ET DES PRESCRIPTIONS PRIVILÉGIÉES.

Le chapitre quatrième commence par l'article 2211, dont le premier paragraphe déclare que le souverain peut user de la prescription. Ce n'est pas souvent que ce droit est exercé, mais les Commissaires ayant à se prononcer sur son exis-

tence ont décidé de l'affirmer. Il serait de toute injustice si le sujet qui s'y trouve exposé n'avait pas le moyen d'agir. Dans quelques cas, des lois particulières ont soumis aux tribunaux ordinaires certaines branches administratives du gouvernement, mais le remède constitutionnel de la *pétition de droit* est considéré en principe comme constituant ce moyen d'agir contre la Couronne.

Par l'article 2212, les droits royaux qui tiennent essentiellement à la souveraineté et à l'allégeance sont imprescriptibles. Ce principe est sans contestation. Quoique ce point tienne plus particulièrement au droit public, la déclaration en est consignée ici pour compléter le sujet, et par contradistinction avec les droits royaux qui suivent et qui ne participent pas au même degré à cette inviolabilité.

L'artice 2213 en comprend une classe qui cependant s'en rapproche ; il les range avec d'autres choses qui sont également imprescriptibles ; les unes, par exemple la mer et les rivières, comme commune à tous par le droit naturel, les autres, comme les voies de communication qui se rattachent aux premières, comme communes par destination. Quoique la destination des terres publiques dans un pays en voie de colonisation soit en général d'être aliénées, elles n'en demeurent pas moins imprescriptibles tant qu'elles appartiennent au souverain.

C'est ici le lieu de commenter la législation du code français sur les mêmes points. Les choses communes et publiques, et les droits essentiels de la souveraineté s'y trouvent protégés comme n'étant pas dans le commerce ; mais les propriétés et les droits de l'état ne le sont pas, l'article 2227 C. N. les soumettant aux prescriptions ordinaires. Les Commissaires n'ont pas cru devoir suggérer un changement dans le même sens. Outre que la suggestion serait plutôt d'une nature politique, elle affecterait la prérogative royale à un haut degré. Cette prérogative est surtout un moyen de protection entre les prétendants à des terrains non-octroyés, que leur position ne mettrait pas l'autorité administrative à même de surveiller.

L'article 2214 est de la même nature.

L'article 2215 admet contre la Couronne une prescription de trente ans pour les arrérages et pour les autres droits qui ne sont pas imprescriptibles, ce qui est conforme à notre ancien droit. Mais ici, il s'élevait une question de conflit en matière d'ordre public. Les droits de la Couronne d'Angleterre sont-ils tous également et tellement absolus et imprescriptibles, que ceux dont elle a hérité par la cession du pays aient acquis ce caractère par primauté sur le droit civil ancien ? Ou y en a-t-il aussi parmi ces droits qui soient considérés comme mineurs, comme prescriptibles en particulier, et comme régis par les lois antérieures dans le pays d'accession. Cette dernière doctrine est incontestablement admise par les publicistes anglais. Dès lors, le présent article peut demeurer, et aucune complication n'est introduite sous ce chef. Aucune prescription moindre que par trente ans n'a lieu contre la Couronne, même en faveur des tiers-acquéreurs, et l'on n'a pas cru devoir innover sur ce point.

Comme les biens échus de droit au fisc demeurent souvent entre les mains des particuliers qui y ont un droit équitable quoique non légal, ou ne sont appréhendés au nom du souverain que pour les remettre à ces personnes, les prescriptions ordinaires continuent d'après l'article 2216 jusqu'à ce que l'incorporation au domaine public ait réellement lieu.

Les choses sacrées, bien que non dans le commerce, demandaient la déclaration et les explications contenues en l'article 2217.

La prescription contre l'Eglise, quant aux choses non réputées sacrées, est de quarante ans, et ce privilége a été conservé par les Commissaires ; mais il était accompagné, quant au titre, à la possession et à la bonne foi, de distinctions compliquées, en désaccord avec l'ensemble des lois, et souvent même nuisibles à l'intérêt des corporations dont il s'agit, qui ont souvent intérêt d'aliéner en donnant un titre aussi sûr que celui des particuliers. Il est incertain si, en regard d'une législation protectrice en faveur des acquéreurs, ces distinctions et ces présomptions de mauvaise foi n'ont

pas en effet disparu, surtout en ce qui concerne la prescription par dix à vingt ans. Cependant les Commissaires les ont présentées comme loi, mais ont assimilé les accidents particuliers de la prescription aux règles suivies en général. C'est ce qui est effectué par l'article 2218. M. le juge Day a été d'opinion que la prescription de quarante ans devrait être réduite à trente pour plus d'uniformité ; les autres Commissaires ont été d'avis de conserver le privilège anciennement reconnu.

CHAPITRE V.

DES CAUSES QUI INTERROMPENT OU SUSPENDENT LA PRESCRIPTION.

SECTION I.

DES CAUSES QUI INTERROMPENT LA PRESCRIPTION.

Les articles 2222, 2223 et 2224, commencent le sujet de l'interruption et de la suspension. Ils ressemblent à ceux du code français, à l'exception de ce qui résulte de la différence dans les procédures légales. Le commandement et la citation en conciliation ne font pas partie des nôtres. L'on a cru devoir limiter l'interruption aux procédures de nature strictement judiciaire, à moins qu'une autre interpellation n'ait produit la reconnaissance du droit.

L'article 2225, est entièrement contraire à l'article 2246 du Code Napoléon. Les Commissaires, après mûre réflexion, ont présenté ainsi la loi ancienne, et ont recommandé de la conserver, quoique le point doive être regardé pourtant comme ayant été douteux. D'après nos formes judiciaires, l'incompétence personnelle d'un ou de plusieurs juges ne détruit pas nécessairement l'action commencée, et il est toujours facile au poursuivant de s'assurer de la compétence du tribunal par rapport au sujet ou au montant réclamé.

Les articles 2226 et 2227, reproduisent ceux du code sur les mêmes sujets.

Les actes interruptifs, considérés en vue des différentes classes de créanciers et de débiteurs principaux ou accessoires, de leur solidarité, de l'indivisibilité de la créance ou de la possession, et *vice versâ*, forment un sujet très étendu

et très difficile, que le code français a traité dans les articles 1199, 2249 et 2250. Les développements y sont cependant restés incomplets. On y a pourvu de la manière la plus complète et la plus claire qu'il a été possible par les articles 2228, 2229, 2230 et 2231, qui, au surplus, sont présentés comme loi ancienne, et où l'on s'est surtout aidé des travaux de Pothier. L'effet de la renonciation à la prescription acquise, faite par le débiteur, quant aux mêmes personnes, se trouve traité dans l'article 2229. Les Commissaires ont espéré que ces divers sujets, dont ils s'étaient déjà occupés en partie au titre des obligations, auront ici une place utile, et seront considérés comme n'y pouvant être omis.

SECTION II.

DES CAUSES QUI SUSPENDENT LA PRESCRIPTION.

Un article projeté déclarait en principe général que la prescription court contre toutes personnes, à moins d'une exception reconnue ou d'une impossibilité d'agir. Cette dernière modification est la reproduction de l'adage célèbre : *contrà non valentem agere non currit prescriptio.* Il est remarquable qu'il ne soit pas consigné textuellement dans le code français, quoiqu'il soit la base même de toutes les dispositions particulières, et qu'il conserve une application étendue à beaucoup d'autres cas qui ne résultent pas de l'état naturel ou légal des personnes concernées. L'on craignait sans doute la trop grande étendue que les commentateurs donnaient sous l'ancien droit à la règle d'impossibilité, et les distinctions où l'on aurait été conduit.

D'après des vues identiques, les Commissaires ont cru à la fois, par l'amendement, art. 2232, devoir conserver l'exposition de la règle, et la restreindre à ce qui était requis pour la simplicité dans la disposition, comme eu égard au rapprochement entre les peuples et les lieux par la facilité des communications. C'est pourquoi l'on y suggéra que l'impossibilité devrait être absolue en fait ou en droit et exclure les moyens d'agir par intermédiaire. L'on y a établit aussi que les exemptions venant de la loi, qui ne sont pas en même

temps fondées sur l'impossibilité d'agir ainsi limitée, devront se trouver consignées au code, ce qui rend la règle plus sûre et ne paraît offrir aucun danger. La position de l'appelé, en matière de substitution et celle de l'absent entraient, dans ce cas d'exemption par la loi, lorsqu'il n'y avait pas nécessairement impossibilité ; mais comme ces sujets sont présentés pour être décidés d'une manière ou d'une autre, ils ont reçu leur part d'attention. La manière dont les Commissaires en ont proposé le règlement en est discutée ci-dessus, et est fondée sur les limites suggérées ici pour la règle *contrà non valentem.* Les non-nés sont énumérés parmi les personnes protégées ; ne l'étant pas comme substituées, ils devaient l'être autrement. Il est vrai qu'ils sont dans l'impossibilité d'agir par eux-mêmes ; mais s'ils n'étaient pas mentionnés spécialement, la question pourrait s'élever s'ils ne pourraient pas agir par les curateurs qui les représentent en certains cas.

L'article 2233 est une sage disposition de la loi, favorable à la confiance et à l'union qui doivent régner entre époux.

Les articles 2234 et 2235, qui concernent la prescription contre la femme mariée, sont encore une application de la règle *contrà non valentem*, en y faisant entrer comme élément la présomption que le mari, qui suffit pour veiller aux droits de sa femme dans les cas ordinaires, manquera de le faire lorsqu'il sera lui-même garant ou intéressé. L'un des articles du code français sur le même sujet, le 2255e, n'a pas d'application à notre droit.

L'article 2236 a sa fondation dans une impossibilité de droit d'agir actuellement à l'égard d'un droit futur ou éventuel qui n'est pas dénié ; les actions purement confessoires n'étant maintenant usitées que pour des cas particuliers. Mais la faveur accordée au tiers-acquéreur résiste à cette cause de suspension, le créancier ayant en ce cas le bénéfice de l'action en interruption. Aussi le présent article est limité aux actions personnelles.

Les articles 2237 et 2238 se retrouvent aussi dans le code français.

L'article 2239 n'est qu'une dèclaration d'application à la suspension des articles 2228, 2230 et 2231, y ayant parité de raison dans les deux cas.

CHAPITRE VI.

DU TEMPS REQUIS POUR PRESCRIRE.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Avant d'en venir aux détails, il avait été pourvu par un article projeté à régler ce qui regarde le jour où la prescription commence et celui où elle finit. Dans notre droit, il se trouve à cet égard une distinction qu'il n'est pas nécessaire de conserver. C'est pourquoi l'article 2240 est adopté en amendement, dans le sens du Code Napoléon.

SECTION II.

DE LA PRESCRIPTION TRENTENAIRE, DE CELLES DES RENTES ET INTÉRÊTS, ET DE LA DURÉE DE L'EXCEPTION.

L'article 2242 qui est le plus général sur le sujet, établit la prescription de trente ans comme s'appliquant à tous les cas pour lesquels il ne se trouve pas de loi exceptionnelle. C'est cette durée, appelée la longue prescription, qu'on a nommée la patronne du genre humain, parce qu'elle protège le repos des familles en mettant fin aux procès et en assurant la propriété. Ce terme de trente ans est l'introduction coutumière, la prescription aux termes du droit étant de quarante ans. La Coutume de Paris est à ce sujet notre règle. La bonne foi était bien à la vérité présumée anciennement dans notre droit, même lorsqu'il n'apparaissait pas de titre, mais plusieurs auteurs, et entr'autres Pothier, faisaient céder cette présomption devant la preuve de mauvaise foi, et comme cette mauvaise foi s'inférait légalement de la connaissance du droit d'autrui survenue à une époque quelconque avant l'entier accomplissement du terme, la prescription n'avait pas, d'après l'opinion de ces auteurs, l'effet qu'il est désirable de lui attribuer. La bonne foi pouvait ainsi être re-

cherchée en tout temps, et même dans certains cas lorsque la mauvaise foi n'était survenue qu'après les trente ans. Il en était de même du titre, où les vices même dans les formalités empêchaient la prescription dans beaucoup de cas privilégiés. L'incertitude ainsi créée se prolongeait jusqu'à cent ans, ou jusqu'à ce qu'il y eût la possession appelée immémoriale, ce qu'on appelait la très longue prescription ; même dans certains cas, l'imperfection du titre résistait encore après lorsque la chose n'était pourtant pas absolument déclarée imprescriptible. Il est très douteux que de nos jours, la jurisprudence maintint ces idées sur le titre et la bonne foi ; aussi les Commissaires ont-ils présenté comme loi ancienne la partie de cet article 2242 qui défend de rechercher le titre ou la bonne foi après les trente ans. Si le titre apparaît, il aide bien à la vérité, d'après l'article 2244, à constater les vices de la possession, par exemple s'il était entaché de précarité, s'il constatait la violence, la clandestinité. Mais du moins les défauts de formalité cessent d'être un obstacle à la longue prescription. La connaissance du droit d'autrui, même dès l'origine, ne doit pas en être un non plus, si l'on considère l'importance majeure qu'il y a à maintenir uniformément l'effet de cette longue prescription. Même une fraude intentionnelle qui n'aurait pas attribué à la possession quelqu'un des vices déclarés la rendre inefficace, ne doit pas empêcher de prescrire. Il est à présumer qu'avec la suspension accordée à ceux qui ne peuvent agir, le propriétaire ou le créancier a pu exercer son droit dans les trente ans ou du moins le faire reconnaître. C'est pourquoi l'article 2245, adopté en amendement, abolit la nécessité de la prescription centenaire ou immémoriale, ce qu'il est bon de faire en termes exprès. L'article 2242 exempte de la prescription de trente ans les cas autrement réglés par la loi en général, parce que l'on n'a pas prétendu comprendre toutes les courtes prescriptions au projet de code, y en ayant un grand nombre qui résultent soit du droit romain ou français, soit de dispositions particulières plus récentes, et qu'il était impossible d'énumerer.

L'article 2243 est pour faire cesser le doute entretenu par

quelques-uns qui regardent les actions dont il s'agit comme prescriptibles par dix ans de même que celle en restitution. Il n'y a pas de raison particulière de décider ainsi.

Un article projeté destiné à prévenir ici les nombreuses discussions qui se sont élevées sur l'interprétation de l'article 2262 du Code Napoléon, avait trait à la durée de l'exception, et disposait de cette autre maxime bien connue : *quæ temporalium sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* Cette règle, dans ses limites convenables, doit assurément être maintenue, si l'on veut empêcher les procès, et donner effet à la compensation légale. On a tâché de poser ces limites aussi complètement que possible, et quoique en termes généraux, avec application aux droits réels comme aux créances personnelles. L'exposé en est conforme à notre droit, y compris la déclaration faite par le statut provincial cité, que la règle ne s'applique pas à la compensation offerte au moyen d'une dette commerciale. Cette disposition peut paraître injuste. Mais si l'on recherche l'intention du législateur, on voit que ne voulant pas entrer dans les détails sur l'application de la règle, il désirait éviter la fraude en empêchant qu'un débiteur de mauvaise foi pût payer sa dette en se procurant des créances et des billets prescrits. Notre article prévient ce cas en déclarant comme de loi qu'un rapport de droit suffisant pour opérer la compensation doit avoir exister avant que la dette opposée ait été prescrite. Avec cette déclaratlon, il importait de suggérer le rétablissement de l'uniformité dans la règle ; c'est ce qui est fait par l'article 2246.

L'article 2247 fixe une question qui a été controversée en France, savoir la durée de l'action personnelle jointe à l'hypothécaire. Elle a été décidée en ce pays dans le sens de l'article, ce qui est fondé en raison.

Un article projeté concernait le rachat des rentes, et le droit du vendeur de reprendre la chose vendue.

Les rentes soit foncières soit constituées sont maintenant assimilées quant à la faculté du rachat, et cette faculté ne peut se prescrire.

Le réméré stipulé indépendamment du non-paiement du

prix, celui de reprise stipulé en prévision de cette cause, et celui que la loi donne seule dans le même cas, ne sont sujets qu'à la prescription de trente ans. Ces actions peuvent convenablement être assimilées aux autres de nature rescisoire qui se prescrivent par dix ans. Les tiers-acquéreurs surtout y sont intéressés. C'est pourquoi l'on a adopté l'amendement contenu dans l'article 2248, en prévision de la fixation d'un terme rapproché qui est adopté pour ces cas au titre de la vente.

L'article 2249 offre un des cas où l'action confessoire est accordée contre le débiteur personnel pour prévenir l'effet de la perte du titre ; le nouveau titre est cependant dans tous les cas aux frais du débiteur.

La prescription du capital des rentes devant suivre la règle de l'article 2242, celle des arrérages était exposée d'après la loi ancienne dans deux articles projetés. Le premier formait la règle ancienne, conforme elle-même à la règle générale de trente ans. Le second contenait une exception pour les rentes constituées à prix d'argent, établie par statut spécial savoir, l'ordonnance du roi Louis XII qui fixe le terme de cinq ans.

L'intérêt des sommes dont le fonds n'est pas amorti n'étant pas inclus dans cette exception, suit la règle générale des trente ans : c'est pourquoi on l'avait inclus dans l'article projeté.

Les trois derniers paragraphes de ce même article comprenait des détails conformes à la loi.

Les Commissaires ont cru cependant que dans l'état actuel de la législation et des affaires, tous arrérages, à l'exception de ceux dus au souverain, devraient se prescrire par cinq ans. C'est ce qu'ils ont fait adopté par l'article 2250 en remplacement des deux précités.

Il est à remarquer que par un article projeté la prescription des arrérages de rentes constituées à prix d'argent était déclarée absolue par cinq ans sans qu'il y ait lieu au serment du débiteur sur le fait du paiement. On a ainsi interprété correctement l'intention de l'ordonnance, qui contenait des

termes prohibitifs adressés aux tribunaux. Ces sortes de rentes n'étaient pas alors en faveur, et étaient rapprochées, malgré l'aliénation du capital des intérêts que l'on regardait comme usuraires. Cette prescription n'était donc pas fondée sur la présomption de paiement ; elle émanait d'un pouvoir absolu qui avait eu en vue de décharger l'emprunteur de ses obligations après un certain temps au moyen d'une espèce d'abolition de dettes. L'on ne regardait pas avec la même prévention les revenus et arrérages qui provenaient des immeubles.

Cette exclusion du serment n'est pas reproduite dans l'article en amendement (2250). L'on a adopté même à l'article 2267 une disposition générale pour avoir un effet contraire. La nature des arrérages ne pouvant être considérée maintenant avec ce plus ou moins de faveur, et vû qu'il est trouvé convenable de les assimiler quant à la durée du temps requis pour prescrire, il convenait d'abolir le serment ou de le maintenir dans tous les cas de courtes prescriptions où il s'agit de paiement. L'importance de la bonne foi a engagé les Commissaires à le maintenir. Cependant l'un d'eux, M. le juge Day, n'a pas été d'avis de changer la loi à cet égard ; c'est pourquoi il a suggéré de conserver la nature absolue des prescriptions dans le cas des articles projetés. Son objection au changement se rapportait cependant surtout aux billets promissoires et aux autres matières de commerce.

Les remarques ci-dessus, quant à ce qui concerne le serment, sont également applicables aux loyers, que notre jurisprudence tient pour n'y être pas sujets, quoiqu'il y ait eu différence d'opinion, et que l'on y assujettit en amendement comme les autres sortes d'arrérages.

SECTION III.

DE LA PRESCRIPTION PAR LES TIERS-ACQUÉREURS.

La prescription est plus favorable pour les tiers-acquéreurs en ce qu'elle peut avoir lieu par dix à vingt ans, moins favorable en ce que celui qui n'invoque que cette durée a besoin d'un titre de propriété et de la bonne foi. Cette pres-

cription s'accomplit par dix ans ; on ne l'a désignée comme de dix à vingt ans qu'à cause du privilége du propriétaire ou créancier absent en faveur duquel le temps est doublé pour la durée de l'absence. Comme pour la prescription de trente ans, celle dont il s'agit maintenant ne court pas contre les mineurs et autres privilégiés semblables ; c'est ce qui résulte de l'article 2232 en amendement, et 2269 de ce titre.

Comme dans ce qui précède il a été incidemment question de la prescription par les tiers-acquéreurs, de la bonne foi, du titre, du privilége de l'absent et de la convenance de l'abolir, les remarques à faire ici se trouvent abrégées. Partout où se trouve la mention de dix à vingt ans, un article en amendement a été adopté pour y substituer dix ans ; il ne sera pas fait ici mention ultérieure de ce changement adopté.

L'article 2251, ne fait aucune distinction entre présents et absents.

L'article 2253, ne requiert la bonne foi que lors de l'acquisition. Cette déclaration est présentée comme loi ancienne, non seulement parceque l'équité de cette protection lui avait fait faire de grands progrès dans l'ancienne jurisprudence française, mais par ce que tel est l'esprit de notre droit statué, et même la lettre, ainsi qu'on peut s'en convaincre en étudiant les lois d'enregistrement. L'explication au premier paragraphe est pour parer à une subtilité qui voulait que le titre, la bonne foi, et la possession se fussent trouvés exister ensemble à un même temps où la possession demeurerait incertaine ou inefficace pendant quelque temps. En parlant de bonne foi, il faut faire remarquer que la mauvaise foi légale s'inférant de la connaissance du droit d'autrui, il n'y a ni immoralité ni injustice à ce que l'acquéreur ne souffre pas de cette connaissance survenue après coup. C'est lors de son acquisition qu'il paie le prix ou s'engage à le payer ; il espère alors que la possession de dix ans lui procurera la libération de droits qu'il n'a ni consentis ni connus ; il ne doit pas être trompé dans cette espérance.

S'il suffit que le titre soit de sa nature translatif de pro-

priété, et que l'acquéreur ignore le défaut de droit chez le vendeur, il n'en est pas de même de la nullité pour vices de forme. C'est ce que déclare l'article 2254, et c'est la loi ancienne comme celle du code français. La collusion et la fraude sont prévenues pour autant, et l'acquéreur est à même de surveiller la forme du titre.

L'article 2255 est suivant la loi ancienne ; elle est juste parce que dans les cas prévus, l'élément de la bonne foi a disparu.

Par l'article 2256 les prescriptions de dix ans et les autres moindres peuvent être plaidées quoiqu'on invoque aussi celle de trente ans. Il n'y a rien là d'incohérent ni d'injuste.

L'article 2257 regarde le titre nouvel que chaque nouvel acquéreur doit donner au créancier, à ses propres frais.

SECTION IV.

DE QUELQUES PRESCRIPTIONS DE DIX ANS.

Un article projeté limitait à dix ans les actions en restitution et en rescision de contrat, conformément à la loi. Les cas compris sont de ceux qu'il a été possible, en les précisant, de soustraire à la longue prescription. Si le prescrivant n'a pas toujours ici la bonne foi, il a du moins la présomption qui résulte du titre ; avec les causes de suspension qui sont sur-ajoutés, le temps fixé ne présente aucune anomalie. Aussi l'article en amendement 2258 n'a-t-elle pas pour objet de changer ce temps, mais de faire concorder la disposition avec un amendement adopté au titre des obligations pour abolir la restitution pour cause de lésion, entre majeurs.

SECTION V.

DE QUELQUES COURTES PRESCRIPTIONS.

Les prescriptions qui suivent sont de celles que l'on a appelées courtes prescriptions. Celle des actions pour injures d'écrits ou de parole est limitée à un an à compter du temps où la connaissance en parvient à l'offensé. Le motif qui l'a fait établir étant bien moins la présomption de paiement

qu'une raison majeure d'ordre public, elle est regardée comme absolue et présentée comme telle (2262 § 1).

Il en est de même pour séduction et frais de gésine, qui a lieu par cinq ans, mais que la Législature a réduite à deux 2261 § 1).

L'action des serviteurs pour gages n'étant pas considérée comme affaire de commerce, elle est restée soumise aux anciennes lois, tant pour la prescription que quant à la preuve où le maître jouit de priviléges particuliers qui ont été trouvés justes. L'article 2262 § 3, limite également à l'année, les autres employés à gages et à court terme, sans donner au maître les mêmes priviléges.

L'article en amendement a retranché l'action des précepteurs et instituteurs, qu'il est plus convenable de limiter à deux ans (2261 § 4).

L'article 2260 § 7, expose la prescription de l'action des médecins, et le privilège dont ils jouissent quant à la preuve. Etendue à cinq ans par statut récent, cette prescription a offert du doute quant à la question de savoir si elle est absolue. Les Commissaires se fondant sur l'absence de termes prohibitifs dans le statut, et n'y voyant que la déclaration d'une présomption de paiement, l'ont représenté comme ne l'étant pas, mais le contraire est déclaré à l'art. 2267. La 32 V. c. 32 amende ce § 7, et le médecin est cru à son serment pour les fins de cet article.

Il en est autrement de celle contre les gens de la loi quoiqu'il y ait également eu des doutes sur l'admissibilité du serment. Les termes des statuts paraissent ici prohibitifs, et le terme a en conséquence été présenté comme absolu, mais cette particularité est à l'art. 2267, pour y substituer une déclaration qui soumet le cas dans l'article en amendement 2260, § 1 qui a aussi pour but d'établir uniformément le temps de cinq ans contre tous les officiers de justice que les mêmes statuts considèrent indifféremment.

Les courtes prescriptions de la Coutume de Paris qui n'ont pas encore été traitées dans ce titre, sont tombées sous l'empire des lois anglaises, dont l'introduction graduelle a été

commentée plus haut. Ces lois reconnaissaient deux termes différents pour l'accomplissement de la prescription en matière de commerce, l'un de six ans pour les ventes, suivant le brocard : *non assumpsit infrà sex annos* ; l'autre de cinq ans pour les billets et lettres de change.

Un article projeté exprimait la loi dans les termes du statut récent qui l'a introduite plus formellement. Ces termes sont ceux du statut de Jacques I, qui ne contenait pas l'application principale de la règle, celle aux achats et ventes, mais l'addition de cas particuliers à ce qui était anciennement la loi soit de droit commun soit par statut. Ces cas particuliers n'ont point ou n'ont que peu d'application sous notre droit ; cependant nul doute qu'en se bornant à les énumérer, le législateur n'ait eu intention de confirmer la règle principale, qui était déjà introduite dans la jurisprudence, et c'est dans ce sens que cette législation a toujours été acceptée.

Au lieu de ces deux articles, les Commissaires ont fait adopter en amendement celui marqué 2260 § 4 et 5, principalement pour établir dans tous ces cas et autres analogues, une prescription uniforme de cinq ans.

L'article 2260 § 4 et 5 attribue cette dernière prescription aux billets et aux lettres de change et en général aux actions de nature commerciale. Il déclare être de cette nature les ventes d'effets mobiliers où un marchand est vendeur ou acheteur, manière de voir déjà adoptée quant à la preuve. Il porte que le billet payable à demande se prescrit à compter de sa date. Enfin il excepte de cette prescription, les billets de banque qui ont une destination et un cours particulier.

Le même article est un autre amendement qui comblera, pour le cas des non-marchands entre eux, la lacune restée par rapport à l'application des courtes prescriptions aux ventes d'effets mobiliers.

L'article 2263 maintient telles qu'elles sont les courtes prescriptions en grand nombre établies par statut du parlement.

Un article établissait une règle nécessaire quant à la pres-

cription qui recommence, et qui était la loi ancienne quoique la justesse en ait été contestée dans quelques cas. La raison de l'exception mentionnée a déjà été donnée. Le cas de novation suit la nature de la nouvelle dette. L'amendement 2264 n'a de portée qu'en ce qui, dans cette exception, concerne le privilége des absents.

Par le premier paragraphe de l'art. 2265, l'on établit pour ainsi dire une exception au précédent, en présentant le jugement obtenu et la poursuite pendante comme des titres qui résistent aux courtes prescriptions. Le second paragraphe est afin que l'aveu judiciaire dans les poursuites, qui par elles-mêmes sont impuissantes pour l'interruption, ne soit pas interprété comme l'étant lui-même plus qu'une admission extra-judiciaire.

Un article déclarait l'admissibilité du serment, sur le fait du paiement dans les courtes prescriptions qui ne sont pas absolues, expliquant la nature de ce serment, et dans quels termes il peut être déféré aux autres qu'au débiteur principal ou originaire. Le dernier paragraphe n'était qu'une conséquence de son inadmissibilité. L'objection de M. le juge Day quant aux cas où il est suggéré de changer la loi, a déjà été signalée.

Par un deuxième article ce serment, et dans quels termes il peut être déféré par privilége aux maîtres et aux médecins, n'empêchaient pas les déclarations sous serment des parties à d'autres égards, même sur le fait de la prescription, par exemple sur l'interruption. La réserve en avait été faite dans le statut qui concerne les billets promissoires, et la justice de la disposition est évidente. Ces articles ont été retranchés par la Législature et remplacés par l'article 2267.

Un article projeté expliquait la prescription des meubles corporels, en confirmant et expliquant l'adage que la possession vaut titre. Ce n'est pas précisément par une possession continue de trois ans, mais par une possession actuelle plus de trois ans après la dépossession, que la prescription a lieu. Le possesseur est par là dispensé de rechercher la possession

de ses auteurs pour s'en aider, ce qui serait difficile, vu les mutations fréquentes des meubles et des objets de commerce. Cependant ce propriétaire est toujours admis à prouver les vices du titre et ceux de la possession, moins le défaut de continuité ainsi qu'il vient d'être dit. Les conséquences de la perte ou du vol de la chose et de la possession violente ou clandestine, diminuent la facilité de cette prescription en l'étendant à trente ans, même contre les tiers ayant titre et bonne foi, ce qui paraît rigoureux quant à ces derniers ; ces tiers, s'ils ont acheté au marché ou régulièrement dans le commerce la chose perdue ou volée, ont cependant droit au remboursement du prix par eux payé. Le voleur et ses héritiers ne peuvent prescrire.

Un autre article proposé en amendement, tempérait l'ancienne rigueur, en ne soumettant les tiers, dans tous les cas, qu'à la prescription de trois ans.

Un troisième amendement fut adopté par l'article 2268.

L'article 2269 établit que les courtes prescriptions courent contre les mineurs et autres semblables privilégiés, ils redeviennent ainsi soumis à la règle générale de ce dernier article.

SECTION V.

DISPOSITIONS TRANSITOIRES.

Le dernier article de ce titre, (2270) fait continuer d'après les anciennes lois les prescriptions commencées avant la promulgation au Code. La même disposition équitable termine le titre au code français. Quoiqu'on eût pu dire absolument que la prescription seulement commencée ne constitue pas un droit acquis, ce droit éventuel se trouverait moins utile ou même entièrement détruit lorsque le temps sur lequel un propriétaire ou un créancier comptait pour agir, se trouverait raccourci ou déjà déclaré écoulé.

Le correctif du second paragraphe est nécessaire si l'on considère que l'abolition de la prescription centenaire ou immémoriale n'est pas sujette aux mêmes scrupules ; autrement cette prescription subsisterait encore pendant longue durée.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

2183. La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi.

La prescription acquisitive fait présumer ou confirme le titre et transfère la propriété au possesseur par la continuation de sa possession.

La prescription extinctive ou libératoire repousse et en certains cas exclut la demande en accomplissement d'une obligation ou en reconnaissance d'un droit, lorsque le créancier n'a pas réclamé pendant le temps fixé par la loi.

CHAPTER FIRST.

GENERAL PROVISIONS.

2183. Prescription is a means of acquiring, or of being discharged, by lapse of time and subject to conditions established by law.

In positive prescription title is presumed or confirmed and ownership is transferred to a possessor by the continuance of his possession.

Extinctive or negative prescription is a bar to, and in some cases precludes, any action for the fulfilment of an obligation or the acknowledgement of a right when the creditor has not preferred his claim within the time fixed by law.

---

* *C. N.* 2219. } La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi.

---

* *C. L.* 3420, 3421-2. } 3420. La prescription est un moyen d'acquérir, ou de se libérer, par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi. Chacune de ces prescriptions a sa définition particulière et propre.

3421. La prescription à l'effet d'acquérir est un droit par lequel le simple possesseur acquiert la propriété de la chose qu'il possède par la continuation de sa possession pendant le temps fixé par la loi.

3422. La prescription à l'effet de libérer est une exception péremptoire et perpétuelle, par laquelle on repousse toute espèce d'actions, soit réelles, soit personnelles, lorsque le créancier a gardé le silence pendant un certain temps sans réclamer.

---

* *ff. Liv.* 41, *Tit.* 3, *L.* 13, *De usurp. et usucap.* } Pignori rem acceptam usu non capimus : quia pro alieno possidemus. (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } On ne peut point prescrire la chose qu'on a reçue en gage, parce qu'on ne la possède pas comme sienne. (PAUL).

---

* 1 *Pothier, Oblig.* *n*° 671. } Réguliérement le temps n'éteint point les obligations ; ceux qui s'obligent, s'obligent à perpétuité eux et leurs héritiers, jusqu'au parfait accomplissement de leur obligation.

On peut néanmoins valablement convenir qu'on ne sera obligé que jusqu'à un certain temps. Par exemple, je puis cautionner quelqu'un, à la charge que je ne serai plus tenu de mon cautionnement au bout de trois ans.

Par le droit Romain, la convention par laquelle le débiteur convenoit qu'il ne seroit obligé que jusqu'à un certain temps, ou jusqu'à l'événement d'une certaine condition, quoique valable, ne procuroit pas néanmoins au bout de ce temps, ni lors de l'existence de la condition, l'extinction de la dette de plein droit ; mais elle donnoit au débiteur une exception ou fin de non-recevoir contre la demande du créancier, *exceptionem pacti* ; L. 44, § 1 et 2, ff. *de oblig. et act.* ; L. 56, ff. *de verb. oblig.* § 4. La raison qu'en donnent les Jurisconsultes, est que les obligations une fois contractées, ne

peuvent s'éteindre que par les manieres naturelles ou légitimes, par lesquelles s'éteignent les obligations ; et que le laps d'un temps ou l'existence d'une condition, ne sont pas une maniere de les éteindre.

Notre Droit n'admet pas ces subtilités, et nous réputons la dette éteinte de plein droit, par l'expiration du temps pendant lequel seulement le débiteur a voulu être obligé.

Si celui qui ne s'est obligé que jusqu'à un certain temps, avoit été mis en demeure de payer par une demande en Justice avant l'expiration du temps, il demeureroit obligé à perpétuité, et ne pourroit plus être libéré que par le paiement : car la demeure injuste en laquelle il a été, ne doit pas lui être profitable et nuire au créancier ; L. 59, § 5, *mandat.* Cela est conforme à cette regle de Droit, *omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent ;* L. 139, ff. *de R. jur.*

Observez que dans les actes qui portent que l'une des parties contractantes s'est obligée pour un certain temps, il faut bien faire attention à ce qui a été entendu par les parties. Par exemple, si Pierre a emprunté de vous la somme de cent livres qu'il s'est obligé de vous rendre à votre volonté, et qu'il soit dit que je me suis rendu caution pour lui de cette somme envers vous, pendant le temps de trois ans seulement ; il est évident que le sens de cette clause est, que si pendant le dit temps je n'ai pas été mis en demeure d'acquitter cette dette, je serai au bout dudit temps de trois ans déchargé de plein droit de mon cautionnement ; la clause ne pouvant pas en ce cas avoir un autre sens. Mais si par un bail à ferme que vous avez fait pour le temps de six ans, il étoit dit que je me suis rendu caution pour le preneur pour le temps *de six ans seulement*, cela ne signifieroit pas qu'au bout de six ans je serois déchargé et quitte de mon cautionnement, quoique les obligations du bail n'eussent pas été acquittées ; mais ces termes devroient s'entendre en ce sens, que par précaution, et quoiqu'il ne fut pas nécessaire de s'en expliquer, j'ai voulu par-là déclarer que j'en-

tendois me rendre caution seulement pour les obligations de ce bail qui devoit durer six ans, et non pour les baux que vous pourriez, après l'expiration de celui-ci, renouveler à ce fermier, soit expressément, soit par tacite reconduction.

---

* 4 *Pothier*, *Prescr.*, *no* 1 *et s.* } 1. La prescription dont nous traitons ici, n'a rien de commun que le nom, avec celle qui a fait la matiere du huitieme Chapitre de la troisiéme Partie de notre Traité des Obligations. Nous traitons ici de celle par laquelle quelqu'un acquiert par la possession qu'il a eue d'une chose pendant le temps réglé par la Loi, le domaine de propriété de cette chose, et l'affranchissement des rentes, hypotheques, et autres charges réelles dont elle étoit chargée.

C'est un des principaux droits que la possession donne aux possesseurs de bonne foi.

C'est aussi une des manières d'acquérir du Droit civil, comme nous l'avons vu en notre Traité du Domaine de Propriété, *n.* 253. Cette manière d'acquérir le domaine, s'appelloit dans le Droit Romain, *usucapion.*

Modestinus définit l'usucapion, *adjectio* (1) *dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti ;* L. 3, ff. *de usucap.*

Nous la définissons, le droit qui nous fait acquérir le domaine de propriété d'une chose, par la possession paisible et non interrompue que nous en avons eue pendant le temps réglé par la Loi.

2. Par l'ancien Droit Romain, il n'y avoit que certaines choses qu'on appelloit *res mancipi*, qui fussent susceptibles du droit d'usucapion ; et le temps pour l'usucapion de ces choses étoit d'un an, si elles étoient meubles ; et de deux ans seulement si elles étoient immeubles. C'est ce qui étoit

(1) En ce sens, que le droit d'usucapion *post completum possessionis tempus, rei dominium adjiciat et tribuat possessori qui ante ejus possessionem duntaxat habebat.*

porté par un des articles de la Loi des douze Tables : *Usus authoritas* (1) *fundi* (2) *biennium, ceterarum rerum annuus usus est.*

A l'égard des choses incorporelles, et même des choses corporelles qui n'étoient pas *res mancipi*, ni par conséquent susceptibles d'un domaine civil, elles n'étoient pas par conséquent susceptibles de l'usucapion, qui est une maniere du Droit civil d'acquérir le domaine civil.

3. Le Préteur avoit à l'égard de ces choses qui n'étoient pas susceptibles de l'usucapion, établi la prescription *longi temporis*, pour en tenir lieu en quelque façon.

Suivant ce droit du Préteur, le possesseur de bonne foi, qui avoit eu une possession paisible et non interrompue, soit d'un droit incorporel, soit d'un héritage qui n'étoit pas du nombre de ceux qui étoient *res mancipi*, pendant le temps de dix ans *inter præsentes*, et de vingt ans *inter absentes*, acquéroit après l'accomplissement du temps de sa possession, non le domaine de la chose, mais une prescription ou fin de non-recevoir, à l'effet d'exclure la demande en revendication du propriétaire de la chose qui n'auroit été intentée qu'après l'accomplissement de ce temps.

Depuis, on avoit aussi accordé une action utile à ce posseur pour revendiquer la chose, lorsqu'il en avoit perdu la possession après l'accomplissement du temps de la prescription.

4. Justinien, par sa constitution qui est dans la Loi unique, *Cod. de usucap, transform.*, a fondu ensemble l'usucapion et la prescription *longi temporis* ; et après avoir aboli par cette Loi la distinction entre les choses *mancipi*, et les choses *nec mancipi*, et après avoir pareillement aboli par la Loi unique, *Cod. de nudo jur. quir. tollendo*, la distinction du *Dominium*

(1) Ces termes, *usus, authoritas*, signifient la même chose qu'*usucapio*.

(2) *Fundi.* Ce terme comprend toutes les choses *quæ solo tenentur : fundi appellatione omne ædificium et omnis ager continetur* ; L. 211, ff. *de verb. sign.*

civile et Quiritarium, et du *Dominium naturale*, il a ordonné que le temps pour l'usucapion des meubles seroit de trois ans, et celui pour l'usucapion de tous les héritages et fonds de terre, de même que pour les droits incorporels, seroit de dix ans *inter præsentes*, et de vingt ans *inter absentes*.

Justinien, par cette Constitution, a transformé la prescription de dix et vingt ans en un véritable droit d'usucapion, puisqu'elle fait acquérir au possesseur le domaine de propriété de l'héritage ou du droit incorporel dont il a eu pendant ce temps une possession ou quasi-possession paisible et non interrompue.

5. La Coutume de Paris et la plupart de nos Coutumes ont adopté la prescription de dix et vingt ans dans la forme que lui a donnée Justinien par sa Constitution, et elles lui ont conservé le nom de prescription, quoiqu'elle dût plutôt avoir aujourd'hui le nom d'usucapion.

Il y a néanmoins quelques coutumes, du nombre desquelles est notre Coutume d'Orléans, qui n'admettent point d'autres prescriptions pour les immeubles, que celle de trente ans.

---

* 13 *Guyot, Rép.*, vº *Prescrip.*, *sect.* 1, § 1 *et* 2. } La possession étant naturellement liée au droit de propriété, il est juste qu'on présume que comme c'est en effet le maître qui doit posséder, celui qui possède doit être le maître, et que l'ancien propriétaire n'a pas été privé de sa possession sans de justes causes.

Les mêmes raisons qui font que la longue possession acquiert la propriété, et qu'elle dépouille l'ancien propriétaire, font aussi que toutes sortes de droits et d'actions s'acquièrent et se perdent par l'effet du temps. Ainsi, un créancier qui a cessé de demander ce qui lui est dû, pendant le temps réglé par la loi, a perdu sa dette, et le débiteur en est déchargé. Ainsi, celui qui a joui d'une rente sur quelque héritage pendant le temps de la Prescription, ne peut plus en être dépouillé, quoiqu'il n'ait pas d'autres titres que sa longue jouissance.

Ainsi, celui qui a cessé de jouir d'une servitude pendant le temps suffisant, en a perdu le droit; et au contraire, celui qui jouit d'une servitude, quoique sans titre, en acquiert le droit par une longue jouissance, si ce n'est que la coutume en dispose autrement ; et en général toutes les autres sortes de prétentions et de droits de toute nature s'acquièrent et se perdent par la Prescription, à la réserve de ce que les lois en ont excepté.

Il y a donc deux effets de la Prescription, ou plutôt deux sortes de Prescriptions : l'une qui acquiert au possesseur le droit de propriété de ce qu'il possède, et qui en dépouille le propriétaire, faute de posséder ; et l'autre, qui fait acquérir ou perdre toutes les autres espèces de droits, soit qu'il y ait quelque possession, comme dans la jouissance d'une servitude, ou qu'il n'y en ait aucune, comme dans la perte d'une dette, faute de l'exiger.

Toutes ces sortes de Prescriptions, qui font acquérir ou perdre des droits, sont fondées sur cette présomption, que celui qui jouit d'un droit doit en avoir quelque juste titre, sans quoi on ne l'auroit pas laissé jouir si longtemps ; que celui qui cesse d'exercer un droit en a été dépouillé par quelque juste cause, et que celui qui a demeuré si longtemps sans exiger sa dette, en a été payé, ou a reconnu qu'il ne lui étoit rien dû.

Il faut distinguer deux sortes de règles des Prescriptions, celles qui regardent les différentes manières dont les lois ont réglé le temps pour prescrire, et celles qui regardent la nature des Prescriptions, leur usage, ce qui peut être sujet à la Prescription, ce qui ne l'est pas, ce qui rend la Prescription juste ou vicieuse, quelles sont les personnes contre qui on ne prescrit point, quelle doit être la possession pour pouvoir prescrire, ce qui peut interrompre la Prescription, et les autres semblables. Celles-ci sont des règles naturelles de l'équité ; mais celles qui marquent le temps des Prescriptions ne sont que des lois arbitraires ; car la nature ne fixe pas quel temps il faut précisément pour pouvoir pres-

crire. Ainsi ces règles peuvent être changées ; elles sont différentes en divers lieux, et cette diversité se voit même dans le droit romain, où les Prescriptions ont été différemment réglées en divers temps.

La Prescription pour les meubles s'acquéroit par trois ans.

Pour les immeubles, on y apportoit différentes distinctions.

Le possesseur de bonne foi qui avoit un titre, prescrivoit par dix ans entre présens, et par vingt ans entre absens, quoique son auteur eût possédé de mauvaise foi ; et on appeloit présens, ceux qui avoient leur demeure dans une même province.

Celui qui possédoit sans titre prescrivoit par trente ans ; et après ce temps-là, il ne pouvoit être troublé par le propriétaire.

Les actions, c'est-à-dire, le droit de faire des demandes en justice, comme pour réclamer une hérédité, un legs, une dette, une servitude et d'autres droits, se prescrivoient par trente ans.

L'action hypothécaire ne se prescrivoit que par quarante ans, à l'égard du débiteur et de ses héritiers, et même des tiers-détenteurs, si le débiteur étoit encore vivant. Ainsi, l'action hypothécaire duroit plus, en ce cas, que la simple action personnelle, et après la mort du débiteur elle ne duroit que trente ans.

Toutes les autres sortes de Prescriptions de biens ou de droits, de quelque nature que ce pût être, et qu'on auroit pu prétendre ne devoir pas avoir lieu par trente ans, furent réglées à quarante ans, même pour les biens et les droits de l'église et du public.

Toutes ces différentes Prescriptions ont été réduites dans plusieurs coutumes et dans des provinces mêmes qui se régissent par le droit écrit, à une seule Prescription de trente ans ; dans les autres, on les observe telles qu'elles sont réglées par les lois romaines. Il y en a même qui ont apporté d'autres changemens ; elles n'ont, par exemple,

reçu la Prescription de trente ans que pour les actions personnelles et mobilières, et elles ont étendu les autres Prescriptions à quarante ans.

Il n'est pas nécessaire de considérer les motifs de ces différentes dispositions du droit romain, ni les raisons qui ont fait qu'on ne les a pas suivies dans plusieurs coutumes; chaque usage a ses vues, et ne considère dans les usages opposés que leurs inconvéniens; il suffit de remarquer ce qu'il y a de commun à toutes ces différentes dispositions et du droit écrit et des coutumes, pour ce qui regarde le temps des Prescriptions; ce qui consiste en deux vues; l'une, de laisser aux maîtres des choses et à ceux qui prétendent quelques droits, un certain temps pour les recouvrer; et l'autre, de mettre en repos ceux qu'on voudroit inquiéter dans leurs possessions ou dans leurs droits, après que ce temps se trouve expiré.

Il faut remarquer ici la différence qu'il y a dans le droit romain entre l'*usucapion* et la *Prescription* : elle est importante pour l'exacte intelligence des lois civiles. L'*usucapion* signifie la manière d'acquérir la propriété des choses par l'effet du temps. La *Prescription* a aussi le même sens; mais elle signifie de plus la manière d'acquérir et de perdre toutes sortes de droits et d'actions, par le même effet du temps réglé par la loi.

Outre ces diverses Prescriptions du droit romain, qu'on vient de remarquer, nous avons en France quelques autres sortes de Prescriptions établies par les ordonnances, et quelques coutumes qui en ont réglé le temps.

§ II. *La prescription a-t-elle l'efficacité d'éteindre, non-seulement l'obligation civile, mais l'obligation naturelle ?*

Les auteurs ne sont pas d'accord sur cette question; d'Argentré en fait la remarque sur la coutume de Bretagne, art. 273, titre *de hypothecarum Prescriptionibus, et an naturales obligationes, Prescriptione tollantur*, nombre 22. Mais j'embrasse volontiers l'opinion de cet auteur, qui tient au

nombre 23, que la Prescription éteint toute sorte d'obligations, parce que la loi l'a ainsi voulu, et qu'elle l'a pu.

D'abord il paroît qu'elle l'a voulu, puisqu'elle a dit dans la loi *omnes*, au code, *de Præscriptionibus*, 30 *vel* 40 *annorum*, que ce long intervalle de temps acquiert au débiteur une pleine et entière assurance, *plenissimam securitatem* ; et il ne seroit pas assuré pleinement, s'il demeuroit encore une obligation naturelle ; c'est l'observation de Cujas (1). Toutes les fois, dit-il, que la loi use d'une façon de parler qui emporte une entière décharge par cette diction *omnis* (tout), ou d'un autre terme de même signification, elle entend que l'obligation naturelle soit éteinte avec la civile ; c'est ce qu'on voit par exemple, dans le cas du sénatusconsulte Velleïen, dont parle la loi *si mulier contrà*, *ff. ad Velleïanum*, en ces mots : *Senatus improbat totam obligationem.* Ce savant interprète ajoute, que l'obligation naturelle est éteinte non-seulement par le payement réel, mais encore par le payement putatif, c'est-à-dire, par tout ce qui, selon les maximes de droit, tient lieu de payement, *quocumque modo quid per solutione cedat* ; et la Prescription est de cette nature, puisque la loi l'a considérée comme un payement.

Et comme elle l'a voulu, elle l'a pu. Il est vrai que la loi civile ne peut pas déroger aux principes du droit naturel et aux conséquences qui en découlent directement, comme sont tous les préceptes de la morale ; mais elle peut en abolir les conséquences indirectes et éloignées (2). D'ailleurs, on peut dire aussi que la Prescription a son principe dans le droit de la nature. La patience du maître ou propriétaire, qui, durant une longue suite d'années, souffre la détention de son bien, sans réclamer et sans se plaindre ; ou le silence du créancier qui, durant un long espace de temps, n'a fait aucune demande de sa dette, quoiqu'il l'ait pu faire, induisent

(1) *Al lib.* 18, *quæst. Papin.* sur la loi *Stichum aut Pamphilum*, 95, *§. naturalis*, *ff. de solut.*

(2) Covarruvias, in cap. *quamvis de pactis*, *in*-6°, part. 2, § 4, fol. 237.

un tacite consentement qui tient lieu d'aliénation du bien usurpé, et de quittance de la dette (1).

---

* *Dunod, Prescrip.*, *p.* 1 *et s.* } La prescription est un moyen d'acquérir la propriété des choses par la possession pendant le temps déterminé par la loi, et de s'affranchir de tous droits ou obligations par le silence de celui à qui ils appartiennent.

Cette définition comprend les deux espèces de prescriptions ; celle à l'effet d'acquérir, appelée en droit *usucapio*, et celle à l'effet de libérer que les Romains nommaient spécialement *præscriptio*.

Mais chacune de ces prescriptions a sa définition particulière et propre qu'il importe de rappeler pour bien faire connaître la matière.

La prescription à l'effet d'acquérir, *usucapio*, est l'addition ou l'acquisition de la propriété par la continuation de la possession pendant le temps défini par la loi. Telle est la définition donnée par la loi 3 au digeste *de usurpat. et usucap.* et cette définition est parfaitement juste.

C'est en effet l'addition de la propriété que l'on n'avait pas, à la possession qu'on avait.

La prescription à l'effet de libérer, est une exception péremptoire et perpétuelle, par laquelle on repousse toute espèce d'action, soit réelle soit personnelle, lorsque le propriétaire ou le créancier a gardé le silence pendant un certain temps.

La prescription à l'effet d'acquérir exige plusieurs conditions. 1° La bonne foi. 2° Un titre juste et capable de transférer la propriété. 3° La possession continuée pendant le temps réglé par la loi. 4° Une chose susceptible de prescription.

La bonne foi est la conscience d'une juste possession, ou la

(1) *Vix enim est, ut non videatur alienare qui patitur usucapi.* Loi 28, au digeste, *de verborum significatione.*

persuasion qu'on est propriétaire légitime. Suivant le Droit civil, elle n'est requise qu'à l'origine de la possession. La mauvaise foi qui survient ensuite n'empêche point la prescription. (*L.* 44. §. 1. *ff. de usurp. et usucap.*) Le Droit canonique exigeait la bonne foi pendant tout le temps de la possession. (*cap.* VIGILANTI *extr. de præscr.*) Nous suivions autrefois cette règle qui est, sans contredit, plus conforme à l'équité naturelle et à la morale. Le Code Napoléon revient au Droit civil. (*art.* 2260.)

Le titre est la cause de la possession. Il est juste ou injuste. Le titre juste est celui qui est approuvé par les lois : tel est celui résultant d'un contrat licite. *Le titre injuste* est celui que les lois réprouvent, comme le vol, l'enlèvement, l'invasion.

Le titre juste est de deux espèces : capable ou incapable de transférer la propriété.

Le titre capable de transférer la propriété est celui qui est perpétuel, ou en vertu duquel la chose est transférée pour toujours ; comme la vente, la donation, le paiement.

Le titre incapable de transférer la propriété est celui qui n'est que temporaire ; comme le louage, le prêt, le dépôt, etc.

Il faut, pour pouvoir prescrire, un titre juste et capable de transférer la propriété. Celui qui, quoique juste, n'a point cette qualité, ne peut pas servir de base à la prescription, parce que personne ne peut, en vertu d'un pareil titre, se croire propriétaire.

La possession est la détention d'une chose corporelle étant dans le commerce, avec l'intention de l'avoir à soi ; ou la conscience de la propriété.

La détention, c'est-à-dire l'appréhension, *d'une chose corporelle ;* parce que les choses incorporelles ne peuvent être appréhendées, et ne sont pas susceptibles d'une véritable possession. C'est pour cela que, dans le Droit romain originaire, les choses incorporelles, comme les servitudes, ne pouvaient pas s'acquérir par la prescription. Dans la suite il fut admis qu'à l'égard de ces choses, l'usage, qui est une

quasi possession, équivaudrait à la possession réelle. Le Code Napoléon consacre cette règle en comprenant, dans sa définition de la possession, les choses corporelles et incorporelles (*art.* 2228). Il y manque *animo sibi habendi :* avec l'intention de l'avoir à soi.

En effet, la seule détention ne suffit pas pour constituer la possession ; il faut de plus, l'intention de détenir pour soi. En conséquence si un furieux, un insensé, ou un enfant, prend quelque chose, ou si on la met dans la main d'un homme qui dort, il n'y a point de possession, parce qu'il n'y a point d'intention.

Cette intention doit être celle d'avoir la chose à soi ; car autrement il n'y a point de possession. Le fermier, l'usufruitier ne possèdent point, parce qu'ils n'ont pas l'intention de détenir la chose pour eux, mais seulement d'en user ou d'en jouir. C'est pour cela que le Code Napoléon, en définissant la possession, dit que c'est la détention que nous avons par nous-mêmes, ou par un autre (*art.* 2228) ; parce qu'en effet nous possédons par ceux qui détiennent en notre nom, comme un fermier ou locataire.

Il y a deux sortes de possessions. La possession naturelle, et la possession civile.

La possession naturelle est la détention d'une chose avec l'intention de la garder pour soi, n'importe en vertu de quel titre.

Elle est juste ou injuste. Juste, si elle est fondée sur un titre approuvé par les lois, comme la vente, le gage ; injuste, si elle a pour base une action illicite, comme le vol.

La possession civile est la détention avec la conscience ou la persuasion de la propriété. Elle est toujours juste, car il n'y a que celui qui possède en vertu d'un titre légitime, qui puisse se croire propriétaire.

Il est évident que c'est la possession civile qui est nécessaire pour la prescription.

Cette possession doit être continue, c'est-à-dire, non interrompue pendant le temps déterminé par la loi.

L'interruption de la possession s'appelle en droit *usurpatio*, ce qui signifie reprise par un usage contraire. Notre mot *usurpation* n'a point cette acception.

La possession peut être interrompue naturellement ou civilement : naturellement, quand elle est transportée d'une personne à une autre, comme si le possesseur est expulsé, ou que la chose lui soit enlevée ; civilement, par l'action du vrai propriétaire qui revendique sa chose. Quoique celui qui la détient ne cesse pas de la posséder naturellement ou de fait, cependant le juge en ordonne la restitution comme n'étant plus possédée civilement depuis la réclamation.

Suivant le Droit romain, la possession n'était interrompue civilement que par la contestation en cause. Mais dans notre Droit il a toujours été reçu que la seule demande judiciaire du propriétaire suffit pour l'interruption ; et le Code Napoléon proclame expressément cette règle. (*art.* 2244.)

Il y a entre l'interruption naturelle et l'interruption civile cette différence, que la première interrompt la prescription à l'égard de toutes sortes de personnes, au lieu que la seconde ne l'interrompt qu'à l'égard du demandeur seulement, à moins qu'il n'y ait indivisibilité, ou solidarité.

Lahaie, sur art. 2219 *C. N.* } *Pothier*, Coutume d'Orléans, t. 14, n° 1er de l'introduction.—On peut définir la prescription à l'effet d'acquérir, l'acquisition de la propriété, par la possession paisible et non interrompue qu'on en a eue pendant le temps réglé par la loi.

N. 30.—La prescription, à l'effet de se libérer, est une fin de non recevoir qu'un débiteur peut opposer contre l'action du créancier qui a négligé de l'exercer, ou de faire connaître son droit pendant le temps réglé par la loi.

Bigot-Préameneu.—A la seule idée de prescription, il semble que l'équité doive s'alarmer : il semble qu'elle doive repousser celui qui, par le seul fait de la possession, et sans le consentement du propriétaire, prétend se mettre à sa place,

ou qu'elle doive condamner celui qui, appelé à remplir son engagement d'une date plus ou moins reculée, ne présente aucune preuve de sa libération. Peut-on opposer la prescription, et ne point paraître, dans le premier cas, un spoliateur, et dans le second, un débiteur de mauvaise foi ?

Cependant, de toutes les institutions du droit civil, la prescrition est la plus nécessaire à l'ordre social ; et loin qu'on doive la regarder comme un écueil où la justice soit forcée d'échouer, il faut avec les philosophes et avec les jurisconsultes, la maintenir comme une sauve-garde nécessaire au droit de propriété.

La propriété ne consista d'abord que dans la possession, et le plus ancien des axiômes de droit est celui qui veut que, dans le doute, la préférence soit accordée au possesseur.

Posséder est le but que se propose le propriétaire ; posséder est un fait positif, extérieur et convenu qui indique la propriété. La possession est donc à la fois l'attribut principal et une preuve de la propriété.

Le temps, qui sans cesse et de plus en plus établit et justifie le droit du possesseur, ne respecte aucun des autres moyens que les hommes ont pu imaginer pour constater ce droit. Il n'est point de dépôt, il n'est point de vigilance qui mettent des actes publics et privés à l'abri des événements dans lesquels ils peuvent être perdus, détruits, altérés, falsifiés.

Lorsque la loi protectrice de la propriété, voit d'une part, le possesseur qui, paisiblement et publiquement, a joui pendant un long temps de toutes les prérogatives qui sont attachées à ce droit, et que, d'une autre part, on invoque un titre de propriété resté sans aucun effet pendant le même temps, un doute s'élève à la fois et contre le possesseur qui ne produit pas de titre, et contre celui qui représente un titre dont on ne saurait présumer qu'il n'eût fait aucun usage, s'il n'y eût pas été dérogé, ou s'il n'eût pas consenti que le possesseur actuel lui succédât.

Comment la justice pourrait-elle lever ce doute ? Le fait

de la possession n'est pas moins positif que le titre ; le titre, sans la possession, ne présente plus le même degré de certitude ; La possession démentie par le titre perd une partie de sa force : ces deux genres de preuves rentrent dans la classe des présomptions. Mais la présomption favorable au possesseur s'accroit par le temps, en raison de ce que la présomption qui naît du titre diminue. Cette considération fournit le seul moyen de décider que la raison et l'équité puissent avouer : ce moyen consiste à n'admettre la présomption qui résulte de la possession, que quand elle a reçu du temps une force suffisante pour que la présomption qui naît du titre ne puisse plus la balancer.

Alors la loi elle-même peut présumer que celui qui a le titre a voulu perdre, remettre ou aliéner ce qu'il a laissé prescrire.

C'est donc dans la fixation du temps nécessaire pour opérer la prescription qu'il faut, avec tous les calculs, et sous tous les rapports de l'équité, trouver les règles qui puissent le moins compromettre le droit réel de propriété. Ces règles doivent, par ce motif, être différentes, suivant la nature et l'objet des biens.—Si ensuite l'équité se trouve blessée, ce ne peut être que dans des cas particuliers : la justice générale est rendue, et dès lors les intérêts privés qui peuvent être lésés doivent céder à la nécessité de maintenir l'ordre social.

Mais ce sacrifice exigé pour le bien public ne rend que plus coupable dans le for intérieur celui qui, ayant usurpé, ou celui qui, étant certain que son engagement n'a pas eté rempli, abuse de la présomption légale. Le cri de sa conscience est la seule ressource que la loi puisse laisser au propriétaire ou au créancier qui aura laissé courir contre lui la prescription.

S'il en était autrement, il n'y aurait aucun terme après lequel on pût se regarder comme propriétaire ou comme affranchi de ses obligations ; il ne resterait au législateur aucun moyen de prévenir ou de terminer les procès : tout serait incertitude et confusion.

Rolland de Villargues, v. prescription, n. 1.—La prescription est de droit naturel et des gens, et non du droit civil. (Grotius, Puffendorf, Vatel.)

Vazeille, Traité des prescriptions, n. 26.—La prescription n'a besoin que du secours du temps, pour produire l'extinction des obligations et des dettes. Elle ne requiert de celui qu'elle doit libérer ni fait, ni protestation ; elle lui présente la sûreté dans l'inertie du créancier ; c'est celui-là qui est tenu d'agir, pour avoir l'assistance de la loi ; c'est à lui que s'adresse cet avertissement, *vigilantibus jura subveniunt.* La loi lui manque et la justice le repousse, s'il se manque à lui-même.

N. 27.—Pour conserver ou pour acquérir la propriété par la prescription, le temps seul ne suffit point ; la loi qui punit le créancier négligent ne protége pas des droits à la propriété, ou des prétentions qui ne sont point en pratique. Ici il faut des faits, afin d'obtenir l'appui de la prescription, comme pour s'en défendre. Ces faits consistent dans l'exercice de la propriété, acte qui s'exprime par le seul mot de possession.

Duranton, t. 21, n. 106.—La prescription, soit qu'on l'envisage comme moyen d'acquérir la propriété des biens, soit comme moyen d'extinction des obligations ou des actions personnelles, n'opère pas ses effets de plein droit ; elle a besoin d'être opposée par celui qui a intérêt à le faire. Ce n'est qu'un moyen d'arriver à l'une ou à l'autre de ces fins, et le juge ne peut lui-même le suppléer d'office.

Merlin, R., v. prescription, sect. 1, § 2, *in fine*.—La loi civile n'a pas voulu que la prescription éteignit l'obligation naturelle. (Le même, v. main morte, § 7, n. 5.)

§ 5, art. 3, n. 7.—Une des règles les plus triviales de la prescription, c'est qu'elle ne s'applique précisément qu'à ce qui a été possédé : *tantùm prescriptum, quantùm possessum.*

Troplong, v. prescription, sur l'article, n. 28.—La prescription fait acquérir dans le sens le plus large le domaine direct, la propriété pleine et entière. C'est à tort que l'art. 711 du

Code civil n'a pas compris la prescription au nombre des moyens d'acquérir la propriété.

N. 29.—La prescription éteint l'obligation civile comme l'obligation naturelle. (Arg. de l'art. 1234. *Contrà* : Pothier, obligations, n. 196 ; Merlin, R., v. main-morte (gens de) ; Dalloz, v. prescription, p. 238, n. 7 ; Delvincourt, t. 2, p. 452 et notes, et Duranton, t. 10, n. 41.

A. Dalloz, v. prescription civile, n. 7.—Troplong attaque cette définition, et attache avec raison de l'importance à établir que ce n'est pas par *l'effet du temps* que s'opère la prescription, mais qu'elle a son principe dans la possession du détenteur, ou dans le silence du créancier. (Voir cet auteur, prescription, t. 1, n. 12).

---

3 *Baudry-Lacantinerie*, *n°* 1575 *et s.* } 1575. Etymologie.—On sait que, dans le but de combler une lacune que présentait l'institution de l'usucapion à Rome, le préteur introduisit la prescription de long temps, *longi temporis præscriptio.* A la différence de l'usucapion, la *præscriptio longi temporis* n'était pas un mode d'acquisition de la propriété, elle engendrait seulement au profit de celui qui était en situation de l'invoquer une exception contre l'action en revendication du propriétaire. Cette exception, à l'origine tout au moins, offrait cette particularité qu'elle figurait en tête de la formule d'action délivrée par le magistrat, elle était *præ scripta.* D'où le nom de *prescription*, que cette institution reçut au début, et qu'elle porte encore dans notre droit actuel bien que le souvenir de ce détail de procédure soit depuis longtemps effacé.

1576. Définition.—Nous avons une définition légale de la prescription : " *La prescription est un moyen d'acquérir ou de* " *se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions* " *déterminées par la loi* " (art. 2219).

On voit par cette définition qu'il y a deux espèces de pres-

cription : la prescription acquisitive ou *usucapion* (1), qui nous fait acquérir (*capere usu*) la propriété d'une chose (art. 712), et la prescription libératoire ou extinctive, qui nous libère d'une obligation en l'éteignant (art. 1234 *in fine*).

Le temps est l'élément commun à ces deux prescriptions, et c'est pourquoi le législateur l'a indiqué dans la définition ; sa durée varie beaucoup suivant les cas, sans jamais dépasser trente années.

Mais le temps, à lui tout seul, ne peut rien créer ni rien détruire. D'autres éléments doivent donc venir s'y ajouter, pour que la prescription s'accomplisse : ils varient, suivant que la prescription est acquisitive ou libératoire. Notre article les comprend d'une manière générale dans cette formule : *et sous les conditions déterminées par la loi.*

Quelles sont ces conditions ? Sans anticiper ici sur des explications qui viendront en leur temps, nous pouvons dire tout de suite qu'elles consistent principalement : pour la prescription acquisitive dans la possession légale de la chose à prescrire, et pour la prescription libératoire dans l'inaction du créancier.

En tenant compte de ces deux nouveaux éléments, on peut donner les définitions suivantes.

La prescription acquisitive *est un mode d'acquisition de la propriété, résultant de la possession légale prolongée pendant un certain temps.* Ainsi je m'empare d'un immeuble qui appartient à mon voisin, et je le possède pendant trente années comme je ferais s'il m'appartenait. Au bout de ce temps, le fait se sera transformé en droit ; si le propriétaire réclame son bien, je pourrai lui opposer la prescription, et il succombera.

La prescription libératoire *est un mode de libération résultant de l'inaction du créancier pendant le temps fixée par la loi.* Je suis débiteur d'une somme d'argent ; pendant trente ans, mon créancier néglige d'exercer contre moi aucune réclama-

(1) Le mot *usucapion* ne figure pas dans le vocabulaire du code civil ; la doctrine l'emploie néanmoins assez fréquemment.

tion. Je suis libéré ; s'il me poursuit, je pourrai le payer en monnaie de prescription.

Que la prescription acquisitive soit un mode d'acquisition de la propriété, on n'en saurait douter : l'art. 712 le dit positivement, et l'art. 2219 le répète. Il résulte avec non moins d'évidence des art. 1234 *in fine* et 2219 que la prescription extinctive est un mode de libération.

1577. Fondement de la prescription.—La première pensée, qu'éveillent dans l'esprit les définitions que nous venons de donner de la prescription, est qu'elle constitue un acte de spoliation : le propriétaire est dépouillé de son droit de propriété, le créancier de son droit de créance.

S'il en était ainsi, la prescription serait un brandon de discorde entre les particuliers, une véritable machine de guerre. Toute autre est sa destination. Notre législateur l'a accueillie comme un instrument de paix ; il en a fait le couronnement de l'édifice du code civil, parce qu'elle consolide tous les droits que ce code établit dans les titres précédents.

Rien en effet ne serait stable ici-bas sans la prescription. Un propriétaire ne serait jamais assuré de conserver son bien ; un débiteur n'aurait jamais la certitude de ne pas être obligé de payer deux fois.

Nous disons d'abord que, sans la prescription, nul ne serait assuré de conserver son bien. La raison en est que la preuve du droit de propriété serait souvent impossible. En effet, pour prouver qu'un bien m'appartient, ce qui peut m'être nécessaire pour triompher dans une action en revendication contre un usurpateur, il ne me suffit pas de démontrer que j'ai acquis ce bien en vertu d'un titre translatif de propriété, tel que vente, échange, donation entre vifs ou testamentaire...; il faut en outre que je prouve que mon auteur était propriétaire, car il n'a pu me transférer la propriété qu'à cette coudition, *nemo dat quod non habet.* Mais, pour prouver le droit de propriété de mon auteur, il faut que je prouve le droit de propriété de tous ceux par les mains des-

quels le bien a successivement passé avant de lui parvenir ; car si un seul anneau de la chaîne se trouve rompu, s'il existe un seul de ces auteurs qui n'ait pas été propriétaire, il n'a pu transmettre la propriété, et par suite tous ceux qui lui ont succédé dans le bien n'ont pu l'acquérir. La prescription simplifie beaucoup les choses : elle rend le fardeau de la preuve moins lourd, en dispensant celui à qui il incombe de l'obligation de remonter jusqu'aux origines de la propriété, c'est-à-dire jusqu'au déluge ; il prouvera que lui ou ses auteurs sont en possession depuis plus de trente ans, et tout sera dit. Elle vient aussi au secours du propriétaire qui a perdu son titre d'acquisition, ce qui peut arriver facilement s'il est sous seing privé, et elle n'apparaît pas comme moins légitime dans cette hypothèse que dans la précédente.

Nous avons ajouté que, sans la prescription, nul débiteur n'eût été assuré, après avoir payé sa dette, d'être définitivement libéré, de ne pas être obligé de payer une seconde fois. En effet il est possible que le débiteur perde la quittance qui lui a été délivrée lors du paiement, ou qu'elle soit détruite par un cas fortuit. D'un autre côté, s'il s'agit de dettes anciennes, le débiteur aura souvent supprimé volontairement le titre qui constatait sa libération ; conserve-t-on des quittances pendant un siècle ? Dans l'une et l'autre hypothèse, le débiteur n'a plus entre les mains la preuve du paiement. La prescription suppléera souvent en pareil cas au titre qui lui manque, en lui permettant de se soustraire à l'injuste réclamation du créancier qui a déjà été payé.

Ainsi d'une part, la prescription consolide les titres légitimes de propriété qui ne se suffisent pas à eux-mêmes, ou supplée au titre perdu ; d'autre part, elle met le débiteur, qui a payé sa dette, à l'abri de la réclamation formée par un créancier malhonnête, qui sait que la quittance a été perdue ou supprimée. Elle rassure donc les particuliers en protégeant leur patrimoine contre d'injustes réclamations. Par là cette institution rend de grands services à la société, et

c'est en l'envisageant à ce point de vue que nos anciens lui ont décerné le titre de *patrona generis humani.*

1578. Mais toutes les institutions humaines ont leur côté faible ; la prescription n'échappe pas à cette règle. Accidentellement, elle assurera le triomphe d'un usurpateur contre le véritable propriétaire ; ou bien elle libèrera un débiteur qui n'a pas payé sa dette, et le créancier sera sacrifié.

Je m'empare d'un fonds de terre qui appartient à mon voisin ; pendant trente ans, je le possède, et je me comporte de tous points comme si j'en étais le véritable propriétaire ; après ce laps de temps, le voisin, qui jusque-là avait gardé le silence, revendique son fonds contre moi. En lui opposant la prescription, j'obtiendrai gain de cause !

Ou bien je suis débiteur d'une somme d'argent ; trente ans s'écoule depuis l'échéance, sans que je songe à payer ma dette ; puis le créancier se décide enfin à me demander le paiement. Si j'oppose la prescription, le juge devra me déclarer libéré !

La prescription aura donc abouti dans le premier cas à la spoliation d'un propriétaire, et dans le second à la spoliation d'un créancier. N'est-ce pas d'une injustice révoltante ?

Ne nous hâtons pas tant de nous apitoyer sur le sort du propriétaire ou du créancier que la prescription dépouille, et de maudire le possesseur ou le débiteur qu'elle enrichit.

D'abord on peut reprocher tout au moins une grande négligence au propriétaire ou au créancier, qui est victime de la prescription.

En ce qui concerne le premier, pourquoi donc est-il resté trente ans sans revendiquer son bien ? Ce long silence n'a-t-il pas autorisé l'usurpateur à croire que le propriétaire renonçait à son droit de propriété, qu'il sanctionnait l'usurpation puisqu'il négligeait de la réprimer ? N'est-il pas vrai de dire avec la loi romaine : *vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi* (l. 28, D., *De V. S.*)?

Et, si nous considérons maintenant le créancier, comment expliquer son inaction pendant le long délai de la prescrip-

tion, sa mansuétude à l'égard du débiteur qu'il a négligé de poursuivre ? Celui-ci n'a-t-il pas dû penser, au bout d'un certain temps, que son créancier renonçait à sa créance, qu'il lui faisait remise de sa dette ?

D'autre part, après l'expiration du long délai de la prescription, le possesseur ou le débiteur, pensant ne plus jamais être inquiétés, ont sans doute réglé définitivement le budget de leur maison sur leurs ressources actuelles. En outre le possesseur, au profit duquel s'est accomplie la prescription acquisitive, a peut-être fait de grandes dépenses d'amélioration.

Serait-il juste à présent de donner satisfaction à la réclamation tardive du propriétaire ou du créancier ?

En tout cas, si dans quelques rares hypothèses, la prescription paraît conduire à des résultats que l'équité désavoue, on peut bien le lui pardonner en échange des services immenses qu'elle rend à la société. Sans elle, il n'y aurait plus de sécurité dans les transactions, plus de stabilité dans les fortunes privées, plus de paix entre les particuliers ni d'ordre dans l'Etat. C'est la pensée qui animait l'orateur du gouvernement, lorsqu'il disait dans l'exposé des motifs de la loi : " De toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social." Aussi la prescription a-t-elle trouvé place dans la législation de tous les peuples civilisés.

1579. Comparaison entre la prescription adquisitive et la prescription extinctive.—Pothier dit que ces deux espèces de prescription n'ont rien de commun. On s'explique ainsi facilement qu'il en ait traité séparément, consacrant à la première un traité spécial intituté *De la prescription qui résulte de la possession*, et à la seconde un chapitre de son traité *Des obligations* (chap. VIII de la 3e partie).

Mais, en dépit de l'assertion du maître, il y a de nombreux points de contact entre la prescription acquisitive et la prescription extinctive. Aussi les rédacteurs du code civil ont-ils confondu l'une et l'autre dans un même titre, sans doute

parce qu'ils ont pensé qu'en procédant autrement ils s'exposeraient à de nombreuses redites.

Nous allons signaler d'abord les principaux points communs aux deux prescriptions, puis nous indiquerons les différences qui les séparent.

a. Règles communes aux deux espèces de prescription.

1580. 1° Les dispositions des art. 2220 à 2227, qui composent le préambule de notre titre, sont applicables en général à la prescription soit acquisitive, soit extinctive.

2° Le calcul du délai se fait d'après les mêmes règles pour l'une et l'autre prescription (art. 2260 et 2261).

3° Les deux prescriptions sont également régies par les mêmes règles en ce qui concerne les causes de suspension et les causes d'interruption.

b. Différences entre les deux espèces de prescription.

1581. Voici maintenant les principales différences.

1° La prescription acquisitive ne peut avoir pour objet que des immeubles ou certains droits réels immobiliers, savoir : les servitudes continues et apparentes (art. 690), l'usufruit, l'usage et l'habitation (arg. art. 579 et 625), auxquels il faut ajouter l'emphytéose si on la considère comme un droit réel.—La prescription extinctive, au contraire, s'applique en général à toute espèce de droits et d'actions tant réels que personnels. Il faut excepter cependant le droit de propriété, qui n'est pas susceptible de se perdre par le simple non-usage. La raison en est sans doute que la prescription ne peut être qu'une cause d'acquisition ou de libération, mais non une cause d'extinction pure et simple d'un droit qu'elle ne ferait acquérir à personne. En supposant que le droit du propriétaire pût périr par le simple non-usage pendant trente ans sans que personne l'ait exercé à sa place, à qui irait la propriété après ce long délai ? On ne pourrait que l'attribuer à l'Etat ou au premier occupant, et l'une de ces solutions ne serait pas plus satisfaisante que l'autre.

[ARTICLE 2184.]

2° La prescription acquisitive peut être la source d'une action ou d'une exception au profit de celui qui a prescrit. Ainsi la prescription, acquise relativement à un immeuble, permettra, soit d'exercer une action en revendication contre le détenteur, si j'en ai perdu la possession, soit, si je possède, d'opposer une exception péremptoire à l'action en revendication que le propriétaire dirigerait contre moi.—Au contraire la prescription extinctive, n'étant qu'un moyen de repousser une action, n'engendre jamais qu'une exception.

2184. On ne peut d'avance renoncer à la prescription. On peut renoncer à la prescription acquise et au bénéfice du temps écoulé pour celle commencée.

2184. Prescription cannot be renounced by anticipation. That acquired may be renounced, and so may also the benefit of any time elapsed by which prescription is begun.

---

* *C. N.* 2220. } On ne peut, d'avance, renoncer à la prescription : on peut renoncer à la prescription acquise.

---

* *ff. L.* 2, *Tit. XIV, l,* 38, *De pactis.* } Jus publicum, privatorum pactis mutari non potest. (Papinianus).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Les particuliers, ne peuvent point déroger par leurs conventions au droit public. (Papinien).

---

* *Louet et Brodeau, Arrêtés, lettre P, somm.* 21, *n*° 4. } B, *Præscriptioni, aut peremptioni renuntiari pacto non potest, nec consensu partium triennium prorogari. Bart. ad l. nemo, de leg.* 1. *et l. postquam litig. C. de pact. Panorm. ad rubric. tit. Decret. de præscript. Cuid. Pap. quæst.* 319, *n.* 2. *Rebuff. Com-*

ment. in ordinat. Reg. tit. de rescis. contract. glos. 1. *art. unic. Cuiac. ad l. properandum, in princ. C. de judic.* Grimaudet au Traité des Retraits, livre 10. chap. 8. Rat sur la Coûtume de Poitou, art. 663. Basmaison sur celle d'Auvergne, tit. 17. des prescriptions, art. 11. où il cotte un Arrêt des Grands-Jours de Clermont, de l'an 1582. qui a jugé, que la renonciation faite au droit public de la prescription de trente ans, est nulle. *Mornac. ad l.* 20. *in fin. C. de pact.*

Le même Mornac sur la Loi *ignorantia*, 49. *de Procurat.* rapporte deux Arrêts, l'un desquels a été donné en la grand'-Chambre, au rapport de Monsieur le Roüillier, le 24. Août 1620. entre Monsieur Brochard Maître des Requêtes, demandeur en peremption et en Requête civile, et les Doyen, Chanoines et Chapitre de l'Eglise de Nôtre Dame de Chastelleraut, défendeurs ; par lesquels Arrêts il a été nettement jugé, que le Procureur ne peut pas, au desçu et sans charge de sa partie, couvrir par des procedures volontaires une peremption bien et legitimement acquise : c'est pareillement l'espece de l'Arrêt de Pastoureau, donné en la cinquiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de Monsieur Nevelet, le 9. Août 1630. que j'ai remarqué, *sup. sum.* 18. et d'un autre Arrêt donné en la même Chambre, au rapport de Monsieur d'Hillerin, le 9. Février 1641. entre Messire René de Longueil, sieur de Maisons, premier Président en la Cour des Aides, qui a été depuis Président au Parlement, et Sur-Intendant des Finances ; et Monsieur Maître Michel de Champrond Président en la seconde Chambre des Enquêtes : par lequel la Cour, nonobstant les procedures faites par le Procureur, declara l'instance perie, et en consequence de ce, sur la reprise mit les parties hors de Cour et de procès. *Vide l.* 2. *C. sent. rescendi non posse. Hosti. et Glossa. Clement. si appellationem* 6. *verbo, appellatus, et ibi Molin. de appellat.*

Ce qui procede, nonobstant que la peremption ne soit point jugée, ni même demandée par la partie ; car il suffit que le droit lui soit acquis par les dates, à quoi un Procureur, soit par inadvertance, ou autrement, ne peut pas dé-

roger ni préjudicier, et comme dit la règle de Droit, *cautiones privatorum juri publico non derogant.*

Autre chose est quand la peremption se trouve couverte par des actes faits par la partie, ou par son ordre et mandement : comme par un acte de reprise passé au Greffe, un Arrêt d'appointé au Conseil, ou autre semblable ; étant permis à la partie de renoncer au droit qui lui est acquis, ce que le Procureur ne peut pas faire sans pouvoir spécial, qui est la décision de l'Arrêt donné en la grand'Chambre, au rapport de Monsieur Crespin, le 21 Avril 1646 au profit des Religieuses de l'Abbaye de Malnouë, contre Monsieur Portail, Conseiller en la Cour des Aides, et consorts.

---

* *Dunod*, *Prescrip.*, *p.* 167 *et s.* } On demande si l'on peut renoncer à la prescription. Il faut distinguer si elle est acquise ou si elle ne l'est pas. Si elle est acquise, la partie qui en aurait dû profiter peut y renoncer. Code Napoléon (art. 2220).

Que si la prescription n'est pas acquise, et qu'il soit question de l'acquérir, l'opinion commune est qu'il n'est pas permis d'y renoncer, et de convenir qu'elle n'aura pas lieu ou qu'elle sera prorogée, et cela tant en action personnelle que réelle. Code Napoléon (même article). Soit qu'on la regarde comme favorable ou comme odieuse ; qu'elle soit introduite en faveur de celui qui renonce ou non, qu'elle ait dû commencer par le contrat par lequel on y a renoncé ou dans un autre temps. C'est non seulement parce qu'elle est utile à la société des hommes en général, mais encore parce que les lois qui l'autorisent forment un droit public auquel il n'est pas permis de déroger, avant qu'il soit appliqué à chaque fait particulier.

Le droit commun ne doit pas être changé par les conventions particulières, avant qu'il ait lieu à leur égard. Il est encore public en ce cas et hors de leur disposition. Il ne devient privé que par l'application qu'ils s'en font lorsqu'ils

ont des droits formés et acquis ; et c'est dans ce sens que la loi dit : *Jus publicum pactis privatorum mutari non potest* (1).

Vasquez, qui traite amplement la question de savoir si l'on peut renoncer à la prescription, ajoute une raison nouvelle : c'est que tout de même que la loi ne permet pas de convenir qu'on n'aliénera pas son fonds (2), elle ne permet pas non plus de promettre qu'on n'assurera pas par la prescription celui que l'on possède, la prescription étant une espèce d'aliénation : *Alienatio quæ per usucapionem contingere solet, per pactum non potest impediri, magis quam alienatio quæ ex reliquis legitimis titulis solet contingere.* Il prouve aussi que l'inobservation de cette promesse ne met pas en mauvaise foi, et n'empêche pas la prescription, celle même de dix et vingt ans.

La plupart de ces raisons militent pour les prescriptions courtes, parce que ces prescriptions sont introduites en faveur des débiteurs, pour qu'ils ne soient pas exposés à payer deux fois, et accablés d'une trop grande quantité d'intérêts, ou d'une dette trop considérable. Si l'on permettait de renoncer aux prescriptions, l'on verrait bientôt les lois qui les ont introduites comme utiles et nécessaires, rendues inutiles et infructueuses par l'ascendant des créanciers sur leurs débiteurs. Il y a des voies faciles pour les interrompre, dont les créanciers doivent se contenter (3).

On perd les priviléges quand on n'en use pas. Ce sont des lois privées accordées à la faveur de certaines choses ou de certaines personnes. Il est libre à chacun de renoncer à ce qui a été introduit en sa faveur et à un droit acquis. On est censé le faire lorsqu'on ne se sert pas de son privilége, ou qu'on souffre qu'il y soit contrevenu.

C'est ainsi que celui qui a obtenu un brevet d'invention

(1) L. 38, ff. de pactis. L. 27, de reg. jur.

(2) L. pen. ff. de pactis.

(3) Beraud, sur la cout. de Norm., tit. des prescr. Bart. in L. 1. ff. de usu. cap. et in L. nemo potest, de leg. 1.

qui est une sorte de privilége, en perd l'effet quand il ne le met pas à exécution dans le temps déterminé par la loi.

---

* 13 Guyot, *Rép.*, *v° Prescript.*, sec. 1, § *III.* } § III. *Peut-on renoncer à la Prescription ?—Est-on censé le faire, et le fait-on valablement quand on donne caution pour une dette prescrite, ou qu'on la paye ?—Le juge peut-il suppléer l'exception de la Prescription, quand elle n'est pas alléguée ?—Quelle loi ou coutume faut-il consulter pour savoir si la Prescription est acquise ou non ?—Quand doit-elle être proposée ?*

I. Sur la première de ces questions, il faut distinguer si la Prescription est acquise ou si elle ne l'est pas.

Si elle n'est pas acquise, et qu'il soit question de l'acquérir, l'opinion commune est qu'on ne peut pas y renoncer, et convenir qu'elle n'aura pas lieu ou qu'elle sera prorogée.

On en donne plusieurs raisons. 1° La Prescription est utile à la société des hommes en général.

2° Les lois qui l'autorisent forment un droit public auquel il n'est pas libre de déroger par convention, tant qu'il n'est pas appliqué à chaque fait particulier. On dit *droit public*, parce que le droit commun est vraiment tel, et par conséquent hors de la disposition des particuliers, avant qu'il n'en résulte pour eux des droits formés et acquis : il ne devient privé que par l'application qu'ils s'en font ; et ce n'est qu'alors qu'il peut être changé par la volonté de l'homme.

Ainsi, un héritier ne renonce pas valablement à la quarte falcidie avant la mort du testateur. Voyez QUARTE FALCIDIE.

Ainsi, hors quelques cas exceptés par notre jurisprudence, plus indulgente en cela que les lois Romaines, c'est en vain qu'on renonce à une hérédité avant qu'elle soit ouverte. Voyez RENONCIATION.

Ainsi, les lois et les arrêts ne permettent pas de renoncer avant coup au bénéfice de cession de biens, à celui de compétence, à la faculté d'obtenir des lettres de répi. Voyez CESSION, COMPÉTENCE ET RÉPI.

3° De même que la loi ne vous laisse pas le pouvoir de convenir que vous n'aliénerez pas votre fonds (1); de même aussi, elle ne souffre pas que vous promettiez de ne pas assurer par la Prescription le bien que vous possédez : la Prescription est, comme on l'a déjà dit, une espèce d'aliénation ; ainsi les conventions ne doivent pas avoir plus de prise sur l'une que sur l'autre (2).

Si ces raisons, quelque décisives qu'elles paroissent, pouvoient laisser quelque doute sur la question en général, on conviendra du moins qu'elle n'en doit point souffrir par rapport à ces Prescriptions courtes que les statuts, les coutumes et les ordonnances ont introduites en faveur des débiteurs, pour qu'ils ne soient pas exposés à payer deux fois, et accablés d'une trop grande quantité d'intérêts, ou d'une dette trop considérable. S'il étoit permis de renoncer à ces sortes de Prescription, on verroit bientôt les lois qui les ont introduites comme utiles et nécessaires, rendues inutiles et infructueuses, par l'ascendant qu'ont toujours les créanciers sur leurs débiteurs. Il y a des voies faciles pour les interrompre ; les créanciers doivent s'en contenter, sans recourir au remède extraordinaire d'une renonciation qui, par elle même, est toujours défavorable.

II. Quand la Prescription est acquise, on convient généralement qu'il est permis d'y renoncer.

Mais la renonciation seule de la partie qui auroit pu en profiter, suffit-elle pour en faire cesser l'effet ? Oui, dans les choses incorporelles, et dans les actions. Mais s'il s'agissoit d'un bien corporel, il faudroit un titre nouveau et une nouvelle tradition pour en retransférer le domaine à son ancien maître : car la prescription en ayant saisi celui en faveur

(1) L. pen. D. *de pactis*.

(2) *Alienatio quæ per usucapionem contingere solet per pactum non potest impediri, magis quàm alienatio quæ ex reliquis legitimis titulis, solet contingere.* Vasquez, *de successionibus*, tome 1, livre 1, § 10, nombres 6 et suivans.

duquel elle a couru, la seule volonté ne peut pas l'en dessaisir ni l'en dépouiller (1).

Du reste, on sent bien que pour établir une renonciation à une Prescription valablement acquise, il faut ou une stipulation bien expresse, ou quelque chose qui en ait absolument toute la force. C'est une vérité puisée dans la nature même de la renonciation, qui ne se présume jamais.

Dès-là, on ne doit pas trouver étrange que la loi *si quis*, au digeste, *de fidejussoribus*, déclare nul et inopérant l'acte par lequel une caution s'oblige pour une dette que la Prescription a éteinte (2) : le débiteur qui étoit déchargé par cette voie, a pu l'ignorer, et son ignorance, soit qu'elle roule sur le droit ou sur le fait, ne peut pas lui nuire, parce qu'il ne s'agit point en ce cas *de damno amissæ*, mais seulement *de damno amittendæ rei.* Voyez là-dessus l'article IGNORANCE.

A l'égard du payement que fait le débiteur d'une dette prescrite, il est clair qu'il renferme une renonciation virtuelle à la Prescription. Il y a cependant bien des auteurs qui prétendent que quand on a payé ce qu'on avoit prescrit, on peut le répéter comme une chose indue. Tels sont Balbus (3), Vasquez (4) et Cancerius (5). Leurs raisons paroissent d'ailleurs très-concluantes. C'est un principe, disent-ils, que ce qui n'est dû ni civilement, ni naturellement, ou qui étant dû naturellement, peut-être refusé en vertu d'une exception péremptoire et perpétuelle, peut-être répété, quand même on l'auroit payé par erreur de droit (6) : or, ce qui est prescrit n'est pas dû, même naturellement ; la Prescription a l'effet d'un payement véritable ; *solventi similis est qui Præs-*

(1) *Non nudis pactis, sed traditionibus dominia transferuntur.* Loi *non nudis, C. de pactis*

(2) *Si quis postquàm tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur.*

(3) *De prescriptionibus*, partie 1, question 6.

(4) *Controvers. illust.* livre 2, chapitre 53, nombre 12.

(5) *Variar. respons.* partie 1, chapitre 15, nombre 30.

(6) Gonzalez sur le dernier chapitre *de solutionibus* aux décrétales, nombre 5.

cribit ; et l'exception qu'elle produit est favorable, puisque ce sont des motifs de bien public qui l'ont fait introduire. Il y a donc lieu à la répétition de ce qu'on a payé nonobstant la Prescription acquise.

Mais d'un autre côté, que n'oppose-t-on pas à ces raisonnemens ? Un débiteur a payé sans dol, sans surprise, et sans vouloir alléguer la Prescription : qu'est-ce à dire, si ce n'est qu'il a eu l'intention de décharger une conscience timorée, et qu'il a eu des raisons qui l'ont obligé de s'acquitter ? Sans doute, il a pu renoncer à la Prescription, dès-là qu'elle étoit complette ; et la bonne foi, les principes mêmes ne lui permettent pas de répéter ce qu'il a payé volontairement (1).

" Il seroit difficile (dit Dunod, après avoir pesé ces différentes raisons,) " de faire juger qu'il y a lieu à la répétition " dans ces circonstances ; surtout s'il étoit question d'une " Prescription courte et statutaire. On a souvent plus d'égard " en pratique à l'équité, qu'aux règles étroites et rigou- " reuses ".

III. La Prescription peut-elle être suppléée par le juge, lorsqu'elle n'est pas alléguée par la partie à qui elle est acquise ? Non : soit qu'on la considère comme un moyen d'acquérir, soit qu'on la regarde comme un moyen de se libérer, elle n'est jamais qu'une exception ; et sous ce point de vue, il est clair que l'allégation en est indispensable. M. Pollet, article 3, § 85, en rapporte un arrêt du Parlement de Flandres du 11 Février 1691. Le conseil souverain du Hainaut l'avoit jugé de même par arrêt du 7 septembre 1684. M. Pollet excepte cependant un cas où, suivant lui, la Prescription peut être suppléée d'office, c'est lorsque la partie qui a réellement prescrit, se fait un moyen de la circonstance qu'elle possède depuis tant d'années ; et en effet si alors la Prescription n'est pas alléguée en termes exprès, elle l'est au moins par équipollence.

IV. Du principe que la Prescription ne consiste que dans

(1) *Cujus per errorem soluti repetitio est, ejus consulto dati donatio est.*

une exception, résulte la conséquence que pour la Prescription d'une dette, telle, par exemple, qu'une rente constituée, on doit suivre la coutume du domicile du débiteur. La loi qui déclare une dette prescrite, n'anéantit pas le droit du créancier en soi ; elle ne fait qu'opposer une barrière à ses poursuites ; et dès-lors, il est évident qu'elle ne peut être établie par la coutume du domicile de celui-ci, mais seulement par celle du domicile de celui-là. C'est ce qu'a jugé le parlement de Flandres par deux arrêts, l'un du 17 juillet 1692, l'autre du 30 octobre 1705, rapportés par M. Pollet, partie 3, §. 86.

Mais doit-on suivre la loi du lieu où le débiteur étoit domiciliée lors du contrat, ou celle du lieu où il a depuis transféré son domicile ? Boulenois, sur Rodemburg, tome 1, page 530, incline pour ce dernier parti, et c'est avec raison : pourquoi le créancier n'a-t-il pas attaqué son débiteur dans son nouveau domicile, avant l'écoulement du terme fixé pour la Prescription, par la loi qui y est en vigueur ? S'il ne l'a pas fait, s'il se trouve ensuite arrêté par une Prescription différente de celle du lieu du contrat, qu'il se l'impute à lui-même.

A l'égard des actions réelles, la Prescription s'en règle par la loi du lieu où sont situés les héritages, à la revendication ou à l'asservissement desquels elles tendent. C'est ce qui a été jugé par arrêt du parlement de Paris du mois d'août 1698, en faveur de M. de Cornulier, président au parlement de Rennes, contre les sieurs de la Noue. Il s'agissoit de savoir si, pour la Prescription d'une hypothèque à laquelle étoit affectée la terre de Vair, située en Bretagne, il falloit s'attacher uniquement à la coutume de cette province ? La cour adopta l'affirmative, comme nous l'apprend Denizart, au mot PRESCRIPTION (1).

(1) On trouve dans la collection de Denizart un arrêt du parlement de Paris de 1769, qui a admis le moyen de la Prescription, quoiqu'il n'eût été proposé qu'en cause d'appel, et qu'on eût donné en première instance des consentemens qui y paroissoient contraires.

V. On ne doute pas que la Prescription ne puisse être proposée en tout état de cause. C'est une exception *péremptoire*, et cela dit tout.

Aussi trouvons-nous dans le journal du Palais de Toulouse, tome 2, page 552, deux arrêts de cette cour, qui jugent " que le possesseur est reçu à prouver la possession d'un " temps légitime pour la Prescription, quoiqu'il ait com- " mencé à se défendre comme ancien propriétaire, qu'il ait " d'abord prétendu simplement que la chose lui appartenoit " indépendamment de la Prescription, et sans l'avoir propo- " sée au commencement de l'instance ". Le magistrat qui rapporte ces arrêts ne les date point ; mais il dit que l'un des deux a été rendu à son rapport, ce qui suffisoit bien pour en constater l'existence.

Cet auteur rend compte, à la page 236, d'un autre arrêt du 26 août 1740, qui juge encore de même.

On a demandé, au parlement de Flandres, si, après un arrêt portant condamnation, l'on ne pouvoit point se prévaloir de la Prescription, du moins *sans bénéfice de requête civile* (1) ? On disoit qu'aux termes de la loi première, au code, *de re judicatâ*, il est permis, même après la condamnation, d'opposer des quittances et de prouver des payemens, et que prescrire équivaloit à payer. Mais on a considéré que l'objet de la Prescription étant de mettre fin aux contestations qui divisent les hommes, ce seroit la faire opérer contre le but des législateurs, que de recevoir l'exception contre une chose jugée ; que c'étoit d'après cette raison que les empereurs Dioclétien et Maximien avoient statué dans la loi 2, au code, *Sententiam rescindi non posse*, que *judicatum non oppositæ præscriptionis velamento, citrà remedium appellationis, rescindi non potest.* En conséquence, le demandeur en *requête civile* a été débouté par arrêt du 1 décembre 1693, rapporté par M. Desjaunaux, tome 1, §. 9. Bérault, sur la coutume

(1) Voyez à l'article Requête civile (petite) ce qu'on entend par ces mots dans les Pays-bas.

de Normandie, fait mention d'un ancien arrêt du parlement de Rouen, qui juge de même ; et Basnage, article 522, nous en retrace un semblable du 19 août 1689.

---

* 1 *Pothier*, *Oblig.*, *n*° 699 *et s.* } 699. La prescription quoique accomplie, se couvre, lorsque le débiteur, bien que depuis l'accomplissement de la prescription, a reconnu la dette : cette reconnoissance l'exclut de pouvoir opposer au créancier la fin de non-recevoir qui résultoit de l'accomplissement du temps de la prescription, et par conséquent la couvre et l'anéantit.

Il y a une grande différence entre la reconnoissance qui se fait après le temps accompli de la prescription, à l'effet de couvrir la prescription, et celle qui se fait auparavant à l'effet seulement de l'interrompre. Celle-ci peut se faire non-seulement par le débiteur lui-même, mais encore par un tuteur, un curateur, un fondé de pouvoir général de ce débiteur : elle peut se faire par le débiteur lui-même, quoique mineur, sans qu'il puisse être restitué contre.

Au contraire, la reconnoissance qui se feroit de la dette après le temps de la prescription accompli à l'effet de couvrir la dette, ne peut se faire que par le débiteur lui-même ; et il faut qu'il soit majeur, sans quoi il seroit restituable contre cette reconnoissance : elle ne peut se faire par un tuteur, par un curateur, par un procureur dont le pouvoir ne seroit pas spécial *ad hoc*, mais seulement général. La raison est, que cette reconnoissance qui se fait après le temps de la prescription accompli, à l'effet de la couvrir, renferme une aliénation gratuite du droit de fin de non-recevoir, qui est acquis au débiteur par l'accomplissement du temps de la prescription : or, une aliénation gratuite d'un droit acquis, excede le pouvoir d'un tuteur, d'un curateur, d'un fondé de pouvoir général.

Il résulte du même principe une seconde différence entre la reconnoissance passée après le temps de la prescription

accompli, et celle passée auparavant. Celle-ci interrompt le temps de la prescription envers et contre tous ; au lieu que la reconnoissance d'une dette passée après le temps de la prescription accompli, ne couvre la prescription que contre le débiteur qui a reconnu, et contre ses héritiers ; mais elle ne la couvre pas contre les codébiteurs solidaires de celui qui a reconnu, ni contre ses cautions, ni contre les tiers détenteurs qui auroient acquis, avant cette reconnoissance, des héritages hypothéqués à la dette, ni contre des créanciers intermédiaires. Car le droit qui résulte de la prescription contre la dette, ayant été une fois acquis par l'accomplissement du temps, le débiteur qui a depuis reconnu la dette, a bien pu par cette reconnoissance renoncer à la prescription pour lui et ses héritiers, mais il n'a pu y renoncer au préjudice du droit acquis aux tiers.

700. Si la simple reconnoissance de la dette couvre et abolit la prescription, à plus forte raison, doit-on le dire du paiement qui seroit fait de la dette, depuis le temps de la prescription accompli.

Celui qui paie, quoique après le temps de la prescription accompli, est donc censé payer ce qu'il doit, et il ne peut le répéter.

Il y a plus ; celui qui paie une partie de la dette, contre laquelle il avoit une prescription acquise, est censé renoncer entiérement à cette prescription, même pour le surplus qui reste à payer ; *arg.* L. 7, §. *pen. et fin.*, ff. *de S. C. Maced.;* à moins qu'il n'ait protesté, en payant, qu'il n'a entendu reconnoître la dette que pour la somme qu'il payoit.

Suivant ces principes, il n'est pas douteux que le paiement que le débiteur d'une rente fait de quelques arrérages, depuis le temps de la prescription accompli, couvre la prescription.

701. La condamnation intervenue contre le débiteur, abolit aussi la prescription, lorsqu'elle a passé en force de chose jugée, c'est-à-dire, lorsqu'il n'y a plus lieu à l'appel : le débiteur après cette condamnation passée en force de

chose jugée, n'est plus recevable à opposer la prescription, quand même il auroit omis de l'opposer dans l'instance sur laquelle est intervenue la condamnation ; car cette condamnation forme au créancier un nouveau titre.

---

* 2 *Pothier*, *Cons. de rente*, *n*° 146. } Observez que le débiteur d'une rente constituée, s'il est majeur, peut bien renoncer au droit que lui a acquis la prescription de cinq ans pour les arrérages échus contre lesquels cette prescription étoit acquise ; car il est permis à un chacun de renoncer à son droit, lorsqu'il a la libre disposition de ses biens ; mais la convention par laquelle le débiteur conviendroit soit par le contrat de constitution, soit par un autre acte fait *ex intervallo* avec le créancier, de ne pas user de cette prescription à l'égard des arrérages à venir, ne seroit pas valable : car les prescriptions étant de droit public, elles ne peuvent être empêchées par les conventions des particuliers : *privatorum cautio juri publico non derogat.* Si l'on avoit égard à une pareille convention, elle deviendroit de style dans les contrats de constitution, et la Loi de Louis XII, qui est une Loi si sage et si salutaire, seroit toujours éludée.

---

* 7 *Rolland de Villargues*, *Dict.*, *v*o *Prescrip.*, *n*o 475-6. } 475. Tout ce que nous avons dit est inapplicable aux matières criminelles, correctionnelles ou de simple police. Ici la prescription doit être suppléée d'office par le juge, parce qu'elle est d'ordre public. Tropl., 94. Cass., 11 juin 1829.

476. Cela a été appliqué au cas où une partie civile réclamait par la voie correctionnelle, seule compétente en cette matière, des restitutions et dommages et intérêts contre un adjudicataire pour déficit dans une coupe de bois. Cass., 5 juin 1830.

---

1 *Poncelet, Motifs du Code*, p. 778-9-80. *Discours de Bigot de Préameneu sur la Prescription.* } *Exposé des motifs du titre* XX, *livre* III, *du code civil, de la prescription, par le conseiller d'Etat* BIGOT-PRÉAMENEU.

Séance du 17 ventôse an XII.

LÉGISLATEURS,

La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer.

Par la prescription, une chose est acquise lorsqu'on l'a possédée pendant le temps déterminé par la loi.

Les obligations s'éteignent par la prescription, lorsque ceux envers qui elles ont été contractées ont négligé, pendant le temps que la loi a fixé, d'exercer leurs droits.

A la seule idée de prescription, il semble que l'équité doive s'alarmer ; il semble qu'elle doive repousser celui qui par le seul fait de la possession, et sans le consentement du propriétaire, prétend se mettre à sa place, ou qu'elle doive condamner celui qui, appelé à remplir son engagement d'une date plus ou moins reculée, ne présente aucune preuve de sa libération. Peut-on opposer la prescription et ne point paraître dans le premier cas un spoliateur, et dans le second, un débiteur de mauvaise foi qui s'enrichit de la perte du créancier ?

Cependant, de toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social ; et loin qu'on doive la regarder comme un écueil où la justice soit forcée d'échouer, il faut, avec les philosophes et avec les jurisconsultes, la maintenir comme une sauvegarde nécessaire du droit de propriété.

Des considérations sans nombre se réunissent pour légitimer la prescription.

La propriété ne consista d'abord que dans la possession, et le plus ancien des axiomes de droit est celui qui veut que dans le doute la préférence soit accordée au possesseur, *Melior est causa possidentis.*

Posséder est le but que se propose le propriétaire : posséder est un fait positif, extérieur et continu, qui indique la

propriété. La possession est donc à la fois l'attribut principal et une preuve de la propriété.

Le temps, qui sans cesse et de plus en plus établit et justifie le droit du possesseur, ne respecte aucun des autres moyens que les hommes ont pu imaginer pour constater ce droit. Il n'est point de dépôt, il n'est point de vigilance qui mette les actes publics ou privés à l'abri des événements dans lesquels ils peuvent être perdus, détruits, altérés, falsifiés. La faux du temps tranche de mille manières tout ce qui est l'ouvrage des hommes.

Lorsque la loi protectrice de la propriété voit, d'une part, le possesseur qui paisiblement et publiquement a joui pendant un long temps de toutes les prérogatives qui sont attachées à ce droit, et que d'une autre part on invoque un titre de propriété resté sans aucun effet pendant le même temps, un doute s'élève à la fois et contre le possesseur qui ne produit pas de titre, et contre celui qui représente un titre dont on ne saurait présumer qu'il n'eût fait aucun usage, s'il n'y eût pas été dérogé, ou s'il n'eût pas consenti que le possesseur actuel lui succédât.

Comment la justice pourra-t-elle lever ce doute ? le fait de la possession n'est pas moins positif que le titre ; le titre sans la possession ne présente plus le même degré de certitude ; la possession démentie par le titre perd une partie de sa force : ces deux genres de preuves rentrent dans la classe des présomptions. Mais la présomption favorable au possesseur s'accroît par le temps en raison de ce que la présomption qui naît du titre diminue. Cette considération fournit le seul moyen de décider que la raison et l'équité puissent avouer : ce moyen consiste à n'admettre la présomption qui résulte de la possession que quand elle a reçu du temps une force suffisante pour que la présomption qui naît du titre ne puisse plus la balancer.

Alors la loi elle-même peut présumer que celui qui a le titre a voulu perdre, remettre ou aliéner, ce qu'il a laissé prescrire.

C'est donc dans la fixation du temps nécessaire pour opérer la prescription, qu'il faut avec tous les calculs, et sous tous les rapports de l'équité, trouver les règles qui puissent le moins compromettre le droit réel de propriété. Ces règles doivent par ce motif être différentes, suivant la nature et l'objet des biens.

Si ensuite l'équité se trouve blessée, ce ne peut être que dans des cas particuliers. La justice générale est rendue, et dès lors les intérêts privés qui peuvent être lésés doivent céder à la nécessité de maintenir l'ordre social.

Mais ce sacrifice exigé pour le bien public ne rend que plus coupable dans le for intérieur celui qui ayant usurpé, ou celui qui étant certain que son engagement n'a pas été rempli, abuse de la présomption légale. Le cri de sa conscience, qui lui rappellera sans cesse son obligation naturelle, est la seule ressource que la loi puisse laisser au propriétaire ou au créancier qui aura laissé courir contre lui la prescription.

S'il en était autrement, il n'y aurait aucun terme après lequel on pût se regarder comme propriétaire ou comme affranchi de ses obligations ; il ne resterait au législateur aucun moyen de prévenir ou de terminer les procès ; tout serait incertitude et confusion.

Ce qui prouve encore plus que les prescriptions sont un des fondements de l'ordre social, c'est qu'on les trouve établies dans la législation de tous les peuples policés.

Elles furent en usage chez les Romains dans les temps les plus reculés ; leurs lois n'en parlent que comme d'une garantie nécessaire à la paix publique : *Bono publico usacapio introducta est, ne scilicet quaramdam rerum diù, et ferè semper incerta dominia essent, cùm sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.* (Leg. 1, ff. *de Usurp. et Usuc.*) La prescription est mise, dans ces lois, au nombre des aliénations de la part de celui qui laisse prescrire, *Alienationis verbum etiam usucapionem continet. Vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi.* (Leg. 28, ff. *de Verb.*

signif.) On y donne à la prescription la même force, la même irrévocabilité, qu'à l'autorité des jugements, qu'aux transactions. *Ut sunt judicio terminata, transactione compositá, longioris temporis silentio finita.* (Leg. 230, ff. *de Verb. signif.*)

La nécessité des prescriptions, leur conformité avec les principes d'une sévère justice seront encore plus sensibles par le développement des règles qui font la matière du présent titre du code civil.

On y a d'abord établi celles qui sont relatives à la prescription en général.

On considère ensuite plus spécialement la nature et les effets de la possession.

On y énonce les causes qui empêchent la prescription, celles qui l'interrompent ou la suspendent.

On finit par déterminer le temps nécessaire pour prescrire.

Après avoir, dans les dispositions générales, indiqué la nature et l'objet de la prescription, on a réglé dans quels cas on peut renoncer à s'en prévaloir.

Lorsque le temps nécessaire pour prescrire s'est écoulé, on peut renoncer au droit ainsi acquis, pourvu que l'on ait la capacité d'aliéner : il ne peut y avoir à cet égard aucun doute.

Mais cette faculté que chacun a de disposer de ses droits peut-elle être exercée relativement à la prescription, avant qu'elle ait eu son cours ? celui qui contracte un engagement peut-il stipuler que ni lui ni ses représentants n'opposeront cette exception ?

Si cette convention était valable, la prescription ne serait plus pour maintenir la paix publique qu'un moyen illusoire : tous ceux au profit desquels seraient les engagements ne manqueraient pas d'exiger cette renonciation.

S'agit-il d'une obligation ? la prescription est fondée sur la présomption d'une libération effective : non-seulement la loi intervient pour celui qui ayant succédé au débiteur peut présumer que ce dernier s'est acquitté ; mais encore elle vient au secours du débiteur lui-même qui s'étant effective-

ment acquitté n'a plus le titre de sa libération. Comment croire que celui qui renoncerait à la prescription eût entendu s'exposer, lui ou ses représentants, à payer plusieurs fois ? Ce serait un engagement irréfléchi et désavoué par la raison.

S'agit-il de la prescription d'un fonds ? S'il a été convenu entre deux voisins que l'un posséderait le fonds de l'autre sans pouvoir le prescrire, ce n'est point de la part de celui au profit duquel est la stipulation une renonciation à la prescription ; c'est une reconnaissance qu'il ne possédera point à titre de propriétaire ; et nul autre que celui qui possède à ce titre ne peut prescrire.

Observez encore que la prescription étant nécessaire pour maintenir l'ordre social, elle fait partie du droit public, auquel il n'est pas libre à chacun de déroger, *Jus publicum pactis privatorum mutari non potest.* (Leg. ff. *de Pactis.*)

---

3 *Baudry-Lacantinerie*, *n*° 1584 *et s.* } 1584. *On ne peut d'avance, renoncer à la prescription : on peut* " *renoncer à la prescription acquise* ". Ainsi s'exprime l'article 2220. " La prescription étant nécessaire pour le maintien de l'ordre social ", dit l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs de la loi, " elle fait partie du droit public, auquel il n'est pas libre à chacun de déroger (art. 6) ". Voilà pourquoi il n'est pas permis de renoncer d'avance à la prescription, de renoncer à une prescription non encore acquise. Au contraire, la renonciation à une prescription acquise ne peut causer aucun préjudice à la société. Tout ce que l'intérêt social exige, c'est que les actions aient un terme ; mais il ne demande nullement que celui au profit duquel la prescription s'est accomplie soit forcé d'en bénéficier. Libre à lui de renonccr au droit que la prescription lui a fait acquérir, si ce mode d'acquisition répugne à sa conscience. La société ne peut que gagner à cet acte de délicatesse.

Etudions maintenant avec détails les deux règles contenues dans l'art. 2220 : — on ne peut renoncer d'avance à la prescription ;—on peut renoncer à une prescription acquise.

1585. *On ne peut renoncer d'avance à la prescription.* La pratique n'offre guère d'exemples de renonciation anticipée à une prescription acquisitive, et il faut en effet imaginer des hypothèses très peu vraisemblables, que nous ne prendrons même pas la peine d'indiquer, pour concevoir comment un possesseur, qui se trouve dans les conditions requises pour prescrire, pourrait être amené à faire une semblable renonciation.

Il faut d'ailleurs bien se garder de confondre la renonciation anticipée à la prescription, nulle aux termes de l'article 2220, avec la reconnaissance faite par le possesseur de la précarité de sa possession, reconnaissance qui a pour résultat de rendre la prescription impossible. Ainsi vous me demandez l'autorisation d'ouvrir des fenêtres d'aspect dans le mur de votre maison, qui est contigu à ma propriété ; j'aurais le droit de m'y opposer, puisque votre mur n'est pas à la distance légale ; cependant, comme ces vues ne doivent me causer aucune gêne pour le moment, je consens à ce que vous demandez, mais en expliquant bien que c'est une simple tolérance de ma part et que j'entends me réserver le droit de faire boucher vos ouvertures le jour où elles me gêneront, quelque longue qu'ait été votre possession. Nous rédigeons un acte écrit pour constater cette convention. Elle a pour résultat de rendre votre possession précaire, et par suite la prescription impossible à votre profit, parce que les possesseurs à titre précaire ne prescrivent pas, *etiam per mille annos* (art. 2229 et 2236) ; à moins cependant que votre titre de possession n'ait été interverti conformément à l'art. 2238.

Maintenant, comme il faut apprécier les conventions des parties *re* plutôt que *verbis*, c'est-à-dire en allant au fond des choses plutôt qu'en considérant l'enveloppe, en recherchant la pensée qui se cache sous les paroles sans trop s'attacher au sens littéral d'expressions impropres que les parties auraient employées, il en résulte qu'une convention, aux termes de laquelle un possesseur déclare renoncer à l'avance à se prévaloir de la prescription, ne sera pas nulle, s'il est

avéré en fait qu'elle équivaut à une reconnaissance faite par le possesseur de la précarité de sa possession. Ainsi on conçoit que, dans l'exemple qui vient d'être proposé tout à l'heure, l'acte ait pu être rédigé de la manière suivante : " Le propriétaire du terrain consent à ce que des fenêtres d'aspect soient établies dans le mur de la maison qui le touche ; mais il aura le droit de les faire boucher quand elles le gêneront, *le propriétaire de la maison renonçant d'avance à se prévaloir de la prescription, quelque longue qu'ait été sa possession.*" En apparence il y a là une renonciation anticipée à la prescription, qui devrait être nulle aux termes de l'art. 2220 ; en réalité, la clause ne contient qu'une reconnaissance, faite par le propriétaire de la maison de la précarité de sa possession, précarité qui rend la prescription impossible (art. 2236). La possession du propriétaire de la maison est de telle nature qu'elle ne peut pas conduire à la prescription ; alors comment pourrait-il renoncer à la prescription, puisqu'elle n'est pas possible ?

1586. Si l'on conçoit difficilement la possibilité d'une renonciation, méritant véritablement ce nom, faite d'avance à une prescription acquisitive, on conçoit fort bien au contraire la possibilité d'une renonciation anticipée à une prescription extinctive. Les renonciations de cette nature auraient été fréquentes dans la pratique, si le législateur ne les avait pas proscrites ; il eût même été à craindre qu'elles ne devinssent de style dans les actes, et en fait les dispositions de la loi relatives à cette prescription, qui est basée sur des considérations d'ordre public, seraient demeurées sans application ; la volonté des parties aurait tenu la loi en échec.

Nous disons qu'on aurait usé et abusé dans la pratique de la renonciation anticipée à la prescription extinctive, si le législateur l'avait autorisée. Souvent en effet elle aurait été provoquée par le créancier, et le débiteur aurait été obligé de la consentir pour obtenir le crédit qu'il sollicite ; car un refus de sa part eût été la preuve d'intentions déloyales. Quel est donc celui par exemple, qui, au moment de contracter un

emprunt, aurait refusé de s'engager envers le prêteur qui le réclame à ne jamais se prévaloir contre lui de la prescription ? Autant vaudrait que l'emprunteur vînt dire : " Je suis un malhonnête homme ; tous les moyens me sont bons pour me soustraire à l'exécution de mes engagements, la prescription comme les autres " ; et il se verrait infailliblement refuser les fonds dont il a besoin.

C'est donc surtout à la prescription extinctive que s'appliquera, dans le domaine des faits, la prohibition de renoncer d'avance à la prescription. Mais, nous le répétons, le principe est formulé par la loi dans les termes les plus généraux, et par conséquent il comprend aussi la prescription acquisitive, sauf à demeurer inutile sur ce dernier point.

1587. Si l'on ne peut pas renoncer d'avance à se prévaloir de la prescription, on ne peut pas non plus valablement convenir que la prescription s'accomplira par un temps plus long que celui fixé par la loi. S'interdire le droit d'invoquer la prescription avant l'expiration d'un délai de quarante années par exemple, quand la loi fixe le délai de la prescription à trente ans, c'est renoncer en partie au bénéfice d'une prescription future ; or la loi prohibe toute espèce de renonciation, car elle ne distingue pas. Qui ne voit d'ailleurs que la validité d'une semblable renonciation conduirait au renversement de la règle établie par l'art. 2220 ? On pourrait en effet convenir que la prescription ne s'accomplira que par cent ans, par mille ans... : ce qui équivaudrait à dire qu'elle ne pourra pas avoir lieu.

En sens inverse, pourrait-on valablement convenir que la prescription s'accomplira dans telle hypothèse déterminée par un laps de temps plus court que celui fixé par la loi ? Cette clause se rencontre souvent dans les polices d'assurances. L'assureur stipule ordinairement que toute action en indemnité de la part de l'assuré devra être exercée à peine de déchéance dans le délai d'un an à compter du sinistre : ce qui revient à substituer une prescription conventionnelle d'un an à la prescription légale de trente années. Sans oser

affirmer que de semblables clauses soient toujours valables, nous croyons pouvoir dire qu'elles devront le plus souvent être jugées telles, parce qu'elles ne contiennent rien de contraire à l'ordre public. L'ordre public exige bien que le temps de la prescription ne soit pas allongé, mais il n'exige point qu'il ne soit pas raccourci. La convention des parties doit donc s'exécuter.

1588. Entre les deux hypothèses que prévoit la loi, celle de la renonciation à une prescription non commencée, qu'elle prohibe, et celle de la renonciation à une prescription acquise, qu'elle autorise, se place une hypothèse intermédiaire, celle de la renonciation à une prescription *en cours*, c'est-à-dire à une prescription qui a couru pendant un certain temps, mais n'est pas encore accomplie. Une semblable renonciation est-elle valable ? Il faut appliquer ici distributivement les règles, que la loi établit pour les deux hypothèses extrêmes entre lesquelles celle que nous venons de prévoir forme un moyen terme : la renonciation sera valable pour ce qui est acquis, c'est-à-dire en tant qu'elle s'applique au passé, mais nulle en tant qu'elle s'applique à l'avenir. En un mot, celui qui fait une semblable renonciation perdra le bénéfice du temps écoulé : sa situation sera la même que si la prescription n'avait pas commencé à courir ; mais ses droits pour l'avenir demeureront intacts ; la prescription pourra donc recommencer à courir immédiatement. C'est dire que la renonciation qui nous occupe équivaut à une interruption de la prescription.

1589. Formes de la renonciation a la prescription acquise. — La renonciation à la prescription acquise n'est assujettie à aucune condition particulière de forme. On en trouve la preuve dans l'art. 2221 : " *La renonciation à la prescription* " [acquise] *est expresse ou tacite...*". C'est l'application du droit commun qui régit les renonciations, à l'exception de celles qui constituent des actes solennels, comme la renonciation à succession (art. 784).

La renonciation expresse est celle qui est faite *expressis*

verbis ; elle résulte donc d'une déclaration de volonté. Pour la preuve, elle demeure soumise aux règles du droit commun.

" *La renonciation tacite*," dit l'art. 2221 *in fine*, " *résulte* " *d'un fait qni suppose l'abandon du droit acquis*." Nul n'étant facilement présumé renoncer à son droit, *nemo res suas jactare facile præsumitur*, il en résulte que la renonciation à la prescription ne saurait s'induire d'actes équivoques, mais seulement d'actes auxquels il est impossible de donner une autre interprétation. Comme exemple on peut citer le cas d'un débiteur, qui, après l'accomplissement de la prescription, demande à son créancier de lui accorder un terme pour le paiement, ou bien lui fournit une sûreté, telle que caution, gage ou hypothèque. Le juge du fait apprécie souverainement les circonstances d'où l'on prétend induire la renonnonciation tacite à la prescription. (Cass., 21 mai 1883, sir., 84. 1. 422).

Expresse ou tacite, la renonciation à la prescription constitue un acte unilatéral ; elle est donc valable indépendamment de l'acceptation de celui à qui elle doit profiter.

1590. Il est admis en doctrine, sauf le dissentiment de M. Laurent, que la renonciation à une prescription acquise ne constitue pas une aliénation, mais plutôt une restitution du bien d'autrui. Celui qui renonce à une prescription accomplie manque seulement d'acquérir, il n'aliène pas ; la renonciation empêche le bien d'entrer dans son patrimoine, elle ne l'en fait pas sortir. Il résulte en effet des art. 2223 et 2224 que la prescription n'opère pas de plein droit ; il faut qu'elle soit opposée ; le juge ne peut pas suppléer ce moyen d'office, s'il n'est pas invoqué par qui de droit. Qu'est-ce à dire, sinon que la prescription ne suffit pas à elle seule pour faire acquérir la propriété, qu'il faut en outre que celui qui a prescrit manifeste la volonté de devenir propriétaire, et que par conséquent il ne le sera jamais devenu s'il manifeste une volonté contraire : ce qui arrive quand il renonce à la prescription ? L'art. 2219 ne contredit en rien cette solution, quand il nous dit que la prescription est un

moyen d'acquérir la propriété par un certain laps de temps, car il ajoute immédiatement : *et sous les conditions déterminées par la loi;* or l'une de ces conditions est précisément que la prescription soit opposée. On a invoqué à tort également au soutien de l'opinion contraire l'art. 2221 qui nous présente la renonciation comme étant l'abandon d'un *droit acquis.* Résulte-il de là, comme on le prétend, que la propriété était acquise de plein droit à celui qui a prescrit, au moment où il renonce ? Nullement. Il y avait pour lui droit acquis à invoquer la prescription ; c'est de ce droit qu'il se dépouille par sa renonciation. D'ailleurs l'opinion, qui considère la renonciation à une prescription acquise comme constituant une aliénation, conduirait logiquement à décider que cette renonciation doit être transcrite s'il s'agit d'un immeuble (arg. art. 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855), et qu'elle donne lieu à la perception d'un droit de mutation au profit de l'Etat ; or ces conséquences sont inadmissibles, et rejetées par nos adversaires eux-mêmes.

1591. Capacité nécessaire pour renoncer a une prescription acquise.— Si la renonciation à la prescription n'est pas une aliénation, elle y ressemble du moins beaucoup ; car elle a pour conséquence, soit d'empêcher un bien d'entrer dans le patrimoine du renonçant, ce qui, au point de vue du résultat, équivaut à peu près à l'en faire sortir, soit d'imposer à ce même patrimoine une charge dont on aurait pu le libérer en invoquant la prescription, ce qui équivaut à aliéner les biens qu'il faudra sacrifier pour exécuter la charge. Cette simple considération suffit à expliquer la disposition de l'art. 2222 : " *Celui qui ne peut aliéner, ne peut renoncer* " *à la prescription acquise.*"

Ainsi une personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut pas renoncer à une prescription acquise, sans l'assistance de son conseil. De même, une femme mariée ne peut pas en principe faire une semblable renonciation, sans l'autorisation de son mari ou de la justice.

Tout le monde admet qu'un mineur non émancipé est

incapable de renoncer à une prescription acquise. Il est même douteux que son tuteur puisse valablement renoncer pour lui. En tout cas, il ne le pourrait pas sans remplir les formalités nécessaires pour l'aliénation du bien que la prescription a fait acquérir au mineur.

Il faudrait faire l'application du même principe au mineur émancipé.

---

* 1 *Teulet et Sulpicy*, *Codes*, *sur art.* 2220, *C. N.*, *p.* 726, *n°* 7 *et s.* } 7. — En droit, d'ailleurs, la prescription n'existe qu'autant que le terme désigné par la loi s'est accompli ; jusque là, il ne peut être question que de l'espoir de prescrire, mots qui n'ont aucune valeur réelle, car tant que la prescription n'est pas accomplie, le possesseur ne pouvant, sous aucun prétexte, se dispenser de rapporter une preuve formelle de son droit, et le débiteur étant tenu de justifier de sa libération, il n'y a pas même de commencement de prescription. La prescription est ou n'est pas.

8.—Il est donc impossible de faire aucune stipulation sur une prescription qui n'est point accomplie, puisque ce serait traiter sur un être de raison.

9.—Le contrat qui interviendrait, à ce sujet, ne formerait donc qu'une convention imparfaite, à laquelle manquerait toujours l'une des conditions essentielles exigées par l'art. 1108 : un objet certain qui forme la matière de l'engagement.

10.—Il ne sera donc jamais permis de renoncer à une prescription qui ne serait point acquise ; mais alors que la prescription s'est accomplie, le droit s'est réalisé, il s'est ouvert, il a pris un corps, et, de ce moment, il est lui-même entré dans le domaine de la convention tacite.

11.—La stipulation faite sur la prescription acquise sera donc valable, et la renonciation volontairement consentie par une partie capable, produira tout son effet, soit qu'elle résulte d'une déclaration formelle qui constitue la renoncia-

tion expresse, soit qu'elle résulte d'un fait positif qui établisse une renonciation.

12.—A cet égard, on peut se reporter aux principes que nous avons expliqués au sujet de la ratification, ou de la confirmation des actes qui est elle-même expresse ou tacite. V. C. civ., art. 1337 et suiv.

13.—C'est au juge de déterminer si le fait signalé doit être considéré, d'après les circonstances qui l'ont accompagné, comme constituant l'abandon formel de la prescription acquise.

14.—La renonciation à la prescription acquise résulte, d'ailleurs, du silence même de celui qui pourrait l'invoquer ; il est réputé faire abandon de son droit, par cela seul qu'il ne l'exerce pas.

15.—Ainsi, le juge ne sera jamais autorisé à suppléer, d'office, le moyen de prescription, puisque ce serait de sa part s'immiscer dans les conventions privées, en se mettant au lieu et place de la partie pour faire une disposition que lui seul a droit de faire.

16.—Mais, d'autre part, la prescription n'est pas une simple exception de procédure, contre laquelle puisse s'élever d'autre fin de non-recevoir que celle qui résulte du fond même du droit.

17.—De là, il suit qu'elle pourra être opposée en tout état de cause, tant que l'instance n'aura pas reçu une solution définitive, par une sentence passée en force de chose jugée.

---

*1 *Troplong, Prescription, n° 41 à 47, et n° 75 à 78.* } 41. Les articles 2220 et 2221 s'occupent de la renonciation à la prescription. D'après l'article 2220, il faut distinguer entre la prescription acquise et la prescription non acquise. On peut renoncer, soit expressément, soit tacitement, à la prescription acquise. Quant à la prescription non acquise, une renonciation anticipée est considérée comme non avenue. Analysons ces dispositions importantes.

42. La règle que l'on ne peut renoncer d'avance à la prescription est fort ancienne. Dans l'origine elle avait cependant fait l'objet de nombreuses controverses ; mais Bartole avait fixé les esprits par la distinction que nous trouvons écrit dans l'article 2220. Il la fondait sur deux raisons également décisives : 1° sur ce que la prescription tient à l'utilité générale, et qu'on ne peut déroger par pacte aux lois qui intéressent le bien public : " *Ego dico quod usucapio est introducta* PROPTER BONUM PUBLICUM *principaliter : ergo per pactum remitti non potest* (1) " ; 2° sur ce que la prescription est une peine établie en haine de celui qui néglige ses droits, *odio negligentiæ, non favore præscribentis* (2), et que l'on ne saurait autoriser des conventions qui favoriseraient l'oubli des devoirs du père de famille diligent.

43. En dehors de ces deux raisons péremptoires, je ne connais que divagations et inutiles efforts d'esprits (3).

M. Vazeilles a même été jusqu'à l'erreur lorsqu'il a avancé, au soutien de la première partie de l'art. 2220, *que l'on ne peut renoncer aux droits éventuels que donne la loi par des dispositions générales qu'alors qu'ils sont ouverts* (4). Cette proposition est inadmissible ; elle résiste à tous les principes en matière de renonciation. Lorsque la loi 174, § 1, D. *de Reg. juris*, a dit qu'on ne peut répudier qu'un droit présent, elle n'a entendu parler que d'une répudiation pure et simple, et non pas d'une renonciation par pacte. Les docteurs sont unanimes pour le décider, témoin Donadeus dans son traité *de la Renonciation :* " *Quantùm ad renunciationem juris de*

(1) Sur la loi *Nemo potest.*, 58, D. *de Legat.*, 1° Argum. de la loi 38, D. *de Pactis*, et 27, D. *de Reg. juris.*

(2) Bartole, sur la loi 1, D. *de Usurpat. et Usucap.* — *Junge* Coquille, sur Nivernais, t. 36. Il cite une décision des Grands-Jours de Clermont, du mois de septembre 1572.

(3) *Voy.* d'autres raisons moins bonnes données par Dunod, d'après Vasquius, *Prescript.*, part. 1re, ch. 14, p. 3, et copiées par M. Merlin (*Répert.*, *Prescript.*, p. 456).

(4) T. 1, n. 332, p. 384.

futuro simpliciter attinet, certè doctores per pactum et per stipulationem illam admittunt (1)."

En effet, autre chose est renoncer par répudiation, c'est-à-dire sans contracter avec quelqu'un ; et renoncer par pacte : *Aliud est repudiare, aliud pacisci* (2). Vinnius a montré cette différence avec sa sagacité ordinaire. Je ne puis mieux faire que de le citer, pour démontrer le faux point de départ de M. Vazeilles.

" *Repudiationis et pacti diversa ratio est. Non repudiantur nisi quæ delata sunt ; pacto remitti possunt et quæ nundùm delata. Qui repudiat remitti in præsens quod ei delatum est et poterat agnoscendo acquirere. Qui paciscitur potest etiam in futurum remittere, scilicet quum rem deberi et posse peti cœperit. Qui repudiat dicit se nolle rem quæ delata est ad se pertinere; qui paciscitur hoc dicit, se, et si post cœperit res deberi, tamen eam non petiturum. Zœzius etiam affert rationem, quia repudiatio tantùm nititur consensu unius, et est fragilis, sed pactum nititur consensu utriusque* (3)."

D'ailleurs, l'art. 1130 du Code civil ne dit-il pas : *Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ?*

Si donc on ne peut renoncer à une prescription non acquise, ce n'est pas parce qu'il est défendu de renoncer à un droit non ouvert; car le contraire est positivement démontré par l'article 1130 et par la doctrine des auteurs. C'est parce que, dans la renonciation anticipée à une prescription non acquise, il y a quelque chose qui trouble le bien public, qui encourage la faute ou l'incurie, et déroge à une loi d'utilité générale. D'ailleurs, sans cette précaution, les renonciations aux prescriptions non échues deviendraient de style, et la faiblesse des particuliers désarmerait la société, en lui enlevant son plus ferme appui.

(1) *De Renuncial.*, cap. 2, n. 12. *Junge* Socin, vol. 2. *Conseil*, 5, n. 3, et vol. 4. Conseil, 34. Bartole, sur la loi 1, C. *de Pactis*, col. 2, *Angel. Conseil*, 187. Ricard, *Disp. cond.*, n. 186.

(2) L. 46, D. *de Pactis.*

(3) Traité *de Pactis*, cap. 18, n. 5. *Junge* Azon, *Brocardica*, p. 153.

Les mêmes raisons n'existent pas lorsque la prescription est acquise. Le droit privé domine alors le droit public, ou, pour mieux dire, le droit public est hors de cause, et l'intérêt particulier est seul en jeu ; car, renoncer à une prescription échue, qu'est-ce autre chose que renoncer à l'objet même que la prescription avait fait acquérir ? C'est dès lors le cas d'appliquer la fameuse loi romaine : *Quum sit juris antiqui omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renuntiare* (1).

Ainsi, rien ne serait plus licite que la clause par laquelle un testateur obligerait son héritier à payer une dette prescrite (2).

44. C'est par des motifs analogues que je suis conduit à décider qu'on peut renoncer à une prescription conventionnelle non acquise, en ce sens qu'on peut toujours stipuler, même *ex post facto*, qu'on restera soumis à la prescription légale. C'est alors renoncer au bénéfice donné par une convention ; l'ordre public n'y met aucun obstacle.

Je suppose que, dans une vente à faculté de réméré, on soit convenu que le rachat s'exercera dans deux ans : rien n'empêche qu'avant l'expiration des deux ans l'acquéreur proroge à cinq ans, délai légal pour la prescription du rachat conventionnel, la faculté de rachat : sans doute, il renoncera d'avance à opposer une prescription non acquise ; mais, cette prescription n'étant fondée que sur la convention, et non sur la loi, l'ordre public n'empêche pas qu'on y renonce. Il en serait autrement si l'on renonçait d'avance à la prescription de cinq ans fixée par la loi (3). L'ordre public serait un empêchement pour que les parties prorogeassent d'avance ce délai, et étendissent indéfiniment, par ces renonciations anticipées, l'exercice d'une action que la loi a voulu limiter à un temps très-court.

(1) L. 29, D. *de Pactis*. *Voy.* Donadeus, *de Renunciat.*, cap. 2, n. 13.

(2) *Voy.* l'annotateur de Bartole, sur la loi 58, D. *de Legat.*, 1°.

(3) *Voy.* mon Comm. *de la Vente*, p. 139, n. 711.

45. J'ai dit qu'on ne peut renoncer à une prescription non acquise.

Mais on peut interrompre par pacte une prescription qui court, et l'empêcher de sortir à effet. Ce n'est pas là renoncer à une prescription à venir ; car, comme le remarque Bartole (1), on ne fait que détruire l'effet du temps qui a couru avant le contrat interruptif. On renonce donc purement et simplement à un droit acquis : *Quia propter hoc, renuntiat paciscens juri jam sibi quæsito.* Mais on ne peut empêcher par convention la prescription de recommencer sur de nouveaux errements l'instant d'après ; car, ainsi que le dit Bartole, *renuntiatur juri ob utilitatem publicam introducto ; quod fieri non potest.*

46. A ces principes, Bartole ajoute une limitation pleine de sens, et qui doit, à mon avis, servir de guide : c'est que les prescriptions qui demandent la bonne foi, comme celles de dix et vingt ans, peuvent être paralysées d'avance par un contrat de renonciation. Ce n'est pas à la vérité la force du pacte qui produit directement cet effet ; mais, comme il détruit la bonne foi, qui est une des conditions pour prescrire par dix et vingt ans, il force à se rejeter dans la prescription trentenaire. *Sed dic quod præscriptio* 10 *annorum pacto tollitur, non directo, sed quia inducit malam fidem, et sic facit cessare ea quæ sunt de substantiâ præscriptionis ; et hoc tenet Dynus* (2).

Par exemple, Pierre achète de Martin, avec titre et bonne foi, une maison sise à Nancy, qui appartient à Jacques. Il la possède pendant cinq ans, et commence par conséquent à prescrire. Mais, au bout de ce temps, il fait avec Jacques une convention par laquelle il interrompt la prescription, en renonçant au délai écoulé. Il le peut, comme je l'ai montré

(1) Sur la loi *Nemo potest*, 58, D. *de Legat.*, 1° *Infrà*, n. 612, et article 1248.

(2) Sur la loi 1, D. *de Usurpat.* Il répète la même doctrine sur la loi *Nemo potest. Infrà*, n. 688.

au numéro précédent. Puis, déclarant qu'il a des doutes sur le droit qu'il a acquis, il consent à les soumettre à des arbitres, et stipule que d'ici là, et même en général à l'avenir, aucune prescription ne pourra recommencer à courir contre lui. Pierre, en témoignant du doute sur la légitimité de son acquisition, se ferme les voies de la prescription décennale (1). Il aura donc renoncé, par cette déclaration volontaire, à la prescription de dix ans, et, s'il ne peut empêcher une nouvelle prescription de courir, du moins cette prescription sera plus rigoureuse ; ce sera la prescription de trente ans. Sous ce rapport, sa renonciation aura un effet légitime. Je m'étonne que Dunod insinue le contraire, avec l'autorité de Vasquius (2).

75. La renonciation du débiteur ne constitue pas, en général, un titre nouveau ; c'est l'obligation primitive qui reprend vigueur, et se présente purgée d'une exception qui pouvait la paralyser. C'est une continuation de ce qui existait auparavant dans les termes du droit.

Il est vrai que Dunod limite cette règle aux choses incorporelles ou aux actions personnelles ; mais que, quand il s'agit d'un bien corporel, il exige " un *titre nouveau* et une " nouvelle tradition pour transférer le domaine à un autre, " après qu'il a été acquis par une prescription consom- " mée (3)."

Mais cette opinion, au moins très-problématique dans l'ancien droit, ne pouvait se colorer qu'à l'aide des principes qu'on y suivait sur la nécessité de la tradition, à l'effet de transférer la propriété. Or, cette raison manque tout-à-fait aujourd'hui : d'ailleurs, il est certain, dans le droit nouveau comme dans le droit ancien, que la prescription n'opère pas de plein droit. Si donc on y renonce avant de s'en être prévalu, n'est-il pas clair qu'il n'y a jamais eu de dessaisissement

(1) Voët, *ad Pand., de Usurpat.*, n. 6. *Infrà*, n. 927.

(2) Part. 1re, ch. 14, p. 112.

(3) Ch. 14, part. 1re, p. 111 ; d'après Felinus, Balde et Vasquius.

virtuel, et qu'une nouvelle tradition ne serait qu'un hors-d'œuvre ou un contre-sens ? Le sentiment de Dunod doit être rejeté comme une erreur.

76. Cette règle n'est cependant pas sans exception.

Supposons, en effet, que l'obligation soit traduite en une forme spéciale, en un contrat *sui generis*, soumis par la loi à une prescription exceptionnelle et de courte durée. Si le débiteur renonce à cette prescription particulière, lorsqu'elle est échue ; s'il reconnaît la dette, il s'opère alors un changement entre les parties. Cette dette, dégagée de la forme qui l'avait fait placer dans une classe à part, rentre dans le droit commun. Elle ne constitue plus qu'une obligation ordinaire, prescriptible à l'avenir par le délai de trente ans (1). Je fonde ceci sur l'article 189 du Code de commerce, qui offre à la fois la preuve et l'exemple de mon observation.

Rappelons quelques décisions judiciaires, pour mieux la mettre en lumière.

Cardon avait ouvert à Gabet un crédit de 100,000 francs. Plus tard, Gabet, pour couvrir son créancier, lui fit passer pour 100,000 francs de lettres de change acceptées par Garnery. Ces traites furent protestées ; mais Cardon ne dénonça pas le protêt à Gabet. Seulement, ce dernier déclara, par acte privé du 3 janvier 1824, " que, nonobstant le défaut de " dénonciation des protêts, il renonçait à opposer à Cardon " toute déchéance, et à le faire déclarer non recevable dans " les demandes en condamnation des effets dont les protêts " n'auraient pas été dénoncés dans les délais." Le 20 octobre 1827, Gabet confirme cet acte par une lettre-missive. En 1823, il tombe en faillite. Cardon se présente pour la totalité de ce qui lui est dû : les syndics lui opposent la prescription de cinq ans ; mais la cour d'Orléans la rejette par arrêt du 17 juillet 1823, fondé sur l'article 189 du Code de commerce.

" Considérant que Gabet a dispensé Cardon de toutes dé-" nonciations de protêts et d'assignations ; *que le titre princi-*

(1) Argum. de ce que dit Bourjon, t. 2, p. 275. *Infrà*, n. 697.

" *pal de Cardon ne réside pas dans les lettres de change* " *souscrites par Garnery ; mais qu'il se réfère aux conventions* " *particulières des parties de l'année* 1812, déclare la prescrip- " tion mal fondée."

Et, sur le pourvoi, arrêt de la cour de cassation, du 14 février 1826, ainsi conçu : " Attendu que, d'après l'article " 189 du Code de commerce, la prescription n'a lieu contre " les effets souscrits qu'autant que la dette n'a pas été recon- " nue par acte séparé ; que l'arrêt a trouvé cette reconnais- " sance dans plusieurs actes de la cause, et que l'interpréta- " tion qu'il a faite de ces actes était dans les attributions de " la cour royale, rejette (1)."

On trouve une décision semblable dans un arrêt de la cour de Paris du 14 janvier 1825 (2), dont je m'abstiens de rapporter l'espèce, parce que les faits sont à peu près identiques à ceux de l'arrêt de la cour de cassation.

77. Si cependant il résultait des circonstances ou d'une protestation que l'acte séparé dont parle positivement l'article 189 du Code de commerce est moins une reconnaissance de la dette originaire qu'un acte additionnel à la lettre de change destiné à lui servir de complément et à participer de sa nature et de ses droits, il n'y aurait pas de novation ; la nouvelle prescription qui recommencerait à courir serait celle de cinq ans, particulière aux effets de commerce, et non celle de trente ans, qui est de droit commun. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 9 août 1831 (3), dans une espèce où un créancier, porteur d'une lettre de change, avait, à l'échéance, accordé un délai de six ans au débiteur qui le lui avait demandé, et ne l'avait pas poursuivi ensuite dans le délai de cinq ans, à partir de l'expiration de ce délai. Le créancier, se croyant placé dans le cas prévu par l'art. 189 du Code de commerce, s'était confié dans l'acte séparé

(1) Dall., 26, 1, 159. *Junge* M. Pardessus, t. 2, p. 210.

(2) Dalloz, 26, 2, 123.

(3) Dall., 31, 1, 304. L'arrêt de la cour royale se trouve 31, 2, 56.

intervenu entre lui et son débiteur, qui, en accordant une prorogation de paiement, contenait une reconnaissance implicite de la dette. Il avait pensé que ce n'était plus que par la prescription de trente ans que son droit pouvait péricliter, et, en conséquence, il avait cru devoir ne pas importuner son débiteur par des poursuites trop promptes et trop sévères. Mais la cour royale, et, après elle, la cour de cassation, donnèrent à l'acte de reconnaissance une interprétation qui dérangea tous ses calculs. J'avoue que cette interprétation me paraît un peu forcée, et qu'en méditant sur le récit des faits donnés par l'arrêtiste, je n'ai pas trouvé la preuve bien palpable que les parties n'avaient entendu faire qu'un acte additionnel à la lettre de change, se liant intimement à elle, et devant subir la même condition. On remarquera que l'article 189 du Code de commerce regarde la prescription de cinq ans pour effets de commerce comme odieuse, puisqu'il autorise le créancier repoussé par cette prescription à déférer au débiteur qui l'oppose le serment qu'il n'est plus redevable. Ce serait une raison pour ne pas admettre avec trop de facilité un moyen peu favorable de se libérer.

---

* 12 *Marcadé, sur art. 2220 C. N. art. VII.* } 40. La renonciation à la prescription (en elle-même) n'est jamais, pour celui au profit duquel elle est faite, un titre nouveau ; c'est seulement la reconnaissance et le maintien de son titre antérieur, qui avait été sur le point d'être brisé, et qui continue de subsister en échappant au danger qui le menaçait.

Ainsi, lorsque mon débiteur renonce à invoquer contre moi la prescription accomplie de ma créance, il ne faut pas croire que j'aie cessé d'être créancier par l'expiration du délai de la prescription, et que je le sois redevenu par la renonciation ; la vérité est que je n'ai jamais cessé d'être créancier : ma créance, qui était menacée d'extinction par l'expiration du délai, continuait cependant toujours de subsister tant que le débiteur ne se prévalait pas du bénéfice à lui offert ; et

comme, au lieu de se décider à en user, il finit au contraire par y renoncer, ma créance échappe au danger et continue d'être ce qu'elle était.

De même, lorsque celui qui a possédé mon immeuble pendant trente ans renonce à en faire valoir la prescription, mon droit de propriété, après avoir été sur le point d'être brisé, demeure intact et continue d'être ce qu'il était auparavant.

41. Mais si la renonciation n'apporte aucun changement au droit par elle-même, il se pourrait très bien qu'elle le modifiât en prenant un autre caractère que celui de simple renonciation.

Ainsi, par exemple, lorsque, après la prescription échue d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, prescription qui s'accomplit par cinq ans, le débiteur passe une renonciation que les juges du fait trouvent n'être pas seulement une renonciation à la faculté de refuser le payement du billet, mais constituer aussi une reconnaissance nouvelle de la dette que ce billet constatait, la créance, alors, et par l'effet de cette reconnaissance, deviendra différente de ce qu'elle était précédemment ; ce ne sera plus une dette par lettre de change ou billet à ordre et prescriptible par cinq années, ce sera désormais une dette ordinaire, prescriptible seulement par trente ans.

Au contraire, tant qu'il n'y a qu'une simple renonciation à la faculté d'opposer la déchéance du billet, aucune novation ne s'opère ; le seul effet produit, c'est que le billet continue d'avoir la même force que si la prescription n'avait jamais couru contre lui, en sorte qu'une prescription nouvelle serait nécessaire pour éteindre la dette ; mais cette prescription, puisqu'il s'agit de billet à ordre ou de lettre de change, ne serait toujours que de cinq années et non pas de trente.

C'est aux juges du fait, bien entendu, à décider si l'acte invoqué par le créancier constitue seulement une simple renonciation, ou s'il contient une reconnaissance formant

novation et substituant une dette ordinaire à la dette *sui generis* qui existait d'abord (1).

42. Il va sans dire que la renonciation n'a d'effet que contre celui de qui elle émane, ou ses représentants, et non contre les tiers. Ainsi la renonciation faite par un débiteur n'empêchera pas la prescription d'être utilement opposée soit par ses codébiteurs solidaires, soit par des cautions ou des tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette. Il va sans dire aussi que la renonciation ne doit pas être étendue au delà des limites dans lesquelles elle a été faite, comme réciproquement elle ne doit pas être restreinte en deçà. Ainsi, on ne devra pas, si elle est conditionnelle, lui donner un effet absolu, ni, quand elle est faite au profit d'une seule personne, l'étendre à d'autres ; réciproquement, on ne pourra pas, si elle est pure et simple, la soumettre à telle ou telle condition, ni la restreindre au profit de tel des créanciers, quand elle est faite sans distinction au profit de tous.

43. Du reste, quand on dit, comme nous l'avons fait, que la renonciation n'opère aucun changement dans le droit et le laisse seulement subsister tel qu'il était, il est évident qu'il ne s'agit que de la renonciation à une prescription qui, bien qu'elle soit acquise par l'échéance du délai, n'est pas, du moins, consommée par l'invocation qu'en aurait faite le bénéficiaire.

Si, en effet, la prescription était une fois consommée, c'est-à-dire si le bénéficiaire s'en était prévalu, il y aurait eu, dès lors, au profit de celui-ci, soit extinction de l'obligation, soit translation de la propriété, et la renonciation qu'il ferait ensuite serait, par conséquent, l'attribution d'un droit nouveau à l'ex-créancier ou ex-propriétaire.

La différence entre ces deux cas, de prescription simplement échue et de prescription déjà consommée, ne présentera pas, il est vrai, d'importance pratique pour la prescription

(1) Art. 189 du Code de commerce ; Troplong, (I, n. 75-77) ; Paris, 14 janv. 1825 ; Rej., 14 févr. 1826, 9 août 1831.

libératoire, puisque, la prescription consommée laissant subsister l'obligation naturelle, comme on l'a vu plus haut (art. 2219, IV), la renonciation alors ne sera qu'une conséquence civile de cette obligation, et non une création d'obligation. Mais il en serait autrement dans la prescription acquisitive. Car la prescription consommée ayant alors anéanti complétement le droit du précédent propriétaire, la renonciation du possesseur est véritablement une rétrocession opérant translation de propriété, et pour laquelle le fisc serait, dès lors, fondé à exiger les droits de mutation.

C'est donc avec raison, quoi que dise M. Troplong (no 75), que Dunod, dans ce cas de prescription acquisitive *consommée*, exigeait autrefois un titre nouveau, et (pour les choses corporelles) une nouvelle tradition (ch. 14, part. 1). Sans doute, la tradition n'est plus nécessaire aujourd'hui que la propriété se transfère par l'effet immédiat des conventions ; mais quant au titre nouveau, on ne saurait le nier, puisqu'ici, encore une fois, le possesseur est devenu propriétaire du bien, et que la restitution qu'il en fait est, dès lors, une véritable aliénation de sa part, et une acquisition nouvelle pour l'ex-propriétaire.

Toutes les fois, au surplus, qu'on parle de renonciation à prescription, sans rien ajouter ni autrement préciser, c'est de la renonciation à la prescription simplement échue et non consommée qu'il s'agit. Elle seule, en effet, est vraiment une simple renonciation ; l'autre est, en matière réelle, une véritable aliénation.

Lahaie, sur art. 2220 C. N. } *Pandectes françaises.*—C'est que la prescription n'est pas établie seulement en faveur du possesseur. Elle a été introduite pour que les propriétés ne fussent pas toujours incertaines ; elle est une peine de la négligence de celui qui n'a pas fait connaître, ni réclamé le droit qu'il avait. La prescription est en conséquence une règle de droit public, à laquelle il n'est pas permis au particulier de renoncer.

[ARTICLE 2185.]

Favard, prescription, sect. 1, n. 1.—Si dans les contrats on pouvait renoncer à l'acquérir, cette stipulation, toujours dictée par l'intérêt d'une partie contractante qui l'imposerait à l'autre, ferait cesser la disposition générale ; ainsi l'autorité de la loi serait méconnue, et le but d'utilité qu'elle a en vue ne serait pas atteint. (Vazeille, prescription, n. 338.)

Bartole.— On ne peut renoncer à la prescription, 1° parce qu'elle tient à l'utilité générale, et qu'on ne peut déroger par pacte aux lois qui intéressent le bien public ; 2° parce que la prescription est une peine établie en haine de celui qui néglige ses droits, et que l'on ne saurait autoriser des conventions qui favoriseraient l'oubli des devoirs du père de famille diligent. (*Leg.* 1, *ff. de usurpat. et usucap. Contrà :* Vazeille, prescription, n. 332.) Troplong prouve qu'il est dans l'erreur, n. 43, de la prescription, t. 1 ; il se réunit à l'opinion de Bartole. Duranton, t. 21, n. 114 ; Dalloz, prescription, chap. 1, sect. 1, art. 2, n. 1 ; Merlin, prescription, sect 1, § 3, n. 2, même opinion.

On ne peut non plus renoncer d'avance à la péremption d'instance, car il serait contraire à l'ordre public que deux plaideurs s'entendissent pour donner un libre cours à leur humeur processive. (Troplong, prescription, t. 1, n. 47.) Il en est de même des déchéances. (*Id.*, n. 48.)

2185. La renonciation à la prescription est expresse ou tacite ; la renonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis.

2185. Renunciation of prescription is express or tacit. Tacit renunciation results from any act by which the abandonment of the right acquired may be presumed.

[ARTICLE 2185.]

* *C. N.* 2221. } La renonciation à la prescription est expresse ou tacite : la renonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis.

Voy. autorités sur art. 2184.

---

1 *Teulet et Sulpicy, p.* 731, *n*° 11-15. } 11.—L'interruption morale ou civile résulte de tout acte tendant à établir une contradiction régulière entre celui qui possède et celui qui attaque cette possession comme vicieuse, parce qu'il prétend être lui-même le propriétaire de la chose.

12.—De graves discussions se sont élevées pour savoir si les art. 2244 et suiv., qui énumèrent les actes que l'on doit considérer comme interruptifs de prescription, sont limitatifs ou simplement énonciatifs.

13.— Après de longs débats, cette dernière opinion a dû triompher.

14.— Quelque soin que le législateur ait apporté à faire cette énumération, il n'était pas possible de préciser tous les actes qui peuvent interrompre la prescription ; en omettre un seul, c'eût été porter atteinte au droit, si, en effet, les dispositions des art. 2244 et suiv. eussent dû être considérées comme limitatives.

15.—Il faut donc reconnaître que tout acte qui établit une contradiction formelle, une contradiction sérieuse, et non pas seulement une simple menace de contradiction, peut être mis sur la même ligne que la citation en justice, le commandement ou la saisie dont l'art. 2244 fait mention.

---

* 12 *Marcadé, sur art.* 2221 *C. N., art. V.* } 32. Dans tous les cas où la renonciation à la preseription est possible, c'est-à-dire quand il s'agit d'une prescription acquise, cette renonciation peut se faire expressément ou tacitement.

33. La renonciation expresse n'est pas seulement, comme le disent MM. Duranton (XXI, 119), Troplong (I, 52) et Taulier (XII, p. 444), celle qui résulte de la délaration explicite *contenue dans un acte faisant preuve de son contenu*, mais bien celle qui résulte de toute déclaration soit écrite, soit purement verbale. La doctrine de ces auteurs ferait croire que, pour la prescription, la preuve est soumise à des règles particulières et ne peut se faire que par écrit, tandis qu'il n'en est rien. Les moyens de preuve sont ici les mêmes que partout ailleurs ; et toute déclaration faite de l'abandon du droit sera dès lors efficace, non-seulement 1° quand elle sera formellement consignée dans un acte, mais aussi 2° quand elle sera avouée par son auteur ; 3° quand, déniée par lui, elle sera prouvée par témoins avec simple commencement de preuve par écrit ; 4° enfin, quand elle sera constatée même par simple témoignage s'il ne s'agit pas de plus de 150 francs (art. 1341 et 1345) (1).

34. Quant à la renonciation tacite, elle résulte, d'après le texte de la loi comme d'après la raison, de tout fait qui suppose l'abandon du droit acquis.

Et pour ce qui est de savoir quels faits et circonstances sont de nature à manifester ou faire raisonnablement supposer cet abandon du droit, c'est un point que les magistrats apprécieront en fait dans chaque espèce particulière. Sans doute, il est des cas où l'hésitation n'est pas possible.

Ainsi, quand celui qu'on prétend débiteur a payé, soit un à-compte sur la dette, soit les intérêts ou arrérages ; quand il a fourni une hypothèque, une caution ou autre garantie ; quand il a opposé des compensations, réclamé des diminutions ou demandé des termes de payement, il est clair qu'il y a renonciation tacite, puisque chacun de ces faits est réco-

(1) Pour qu'il y ait, de la part d'une commune, renonciation à la prescription, il faut des actes tout à la fois exprès et accompagnés des autorisations administratives que la loi exige pour la validité des aliénations faites par les communes. Besançon, 15 déc. 1864 (Dev., 65, 2, 197 ; *J. Pal.*, 65, 833).

gnitif du droit du créancier et par conséquent exclusif de l'idée d'être libéré par la prescription.

De même, si un possesseur avait pris à bail ou offert de prendre à ce titre le fonds dont il prétend ensuite avoir été, dès lors, propriétaire par prescription, s'il avait acheté ou offert d'acheter un droit de vue, de passage ou autre servitude sur ce fonds, la renonciation tacite serait bien manifeste.

Mais si l'on pent ainsi présenter quelques exemples, on conçoit qu'il est impossibte de donner ou même de tenter une nomenclature complète, et que l'appréciation des circonstances diverses n'est plus l'œuvre de la doctrine, mais celle des juges du fait, qui auront à rechercher dans chaque affaire si le fait dont on veut induire la renonciation indique bien chez son auteur la pensée qu'il est débiteur (s'il s'agit de la prescription libératoire) ou qu'il n'est pas propriétaire (s'il s'agit de prescription acquisitive) (1).

35. Un arrêt de la Cour de cassation, mais fort ancien déjà et dont cette Cour n'admettrait peut-être pas le principe aujourd'hui, quoiqu'il soit approuvé par M. Troplong, contredit cette idée que l'appréciation du fait appartient exclusi-

(1) La renonciation à la prescription ne peut résulter que d'actes accomplis volontairement, en pleine connaissance de cause, et qui la manifestent d'une manière non équivoque. Cass., 9 avr. 1861 (Dev., 62, 1, 481 ; Dall., 62, 1, 279 ; *J. Pal.*, 62, 1007). *Conf.* Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, § 861, p. 341, note 2); Aubry et Rau (t. VI, § 776, p. 535. —Spécialement, la demande en partage d'une succession ne constitue pas nécessairement une renonciation à la prescription qui pourrait avoir atteint le droit de tous ou de quelques-uns des héritiers, alors surtout que cette demande est formée par des enfants qui, sortis depuis longtemps de la maison paternelle, ont pu ignorer l'accomplissement de la prescription. Cass., 9 avr. 1861 (Dev., 62, 1, 481 ; *J. Pal.*, 62, 1007) ; Douai, 13 janv. 1865 (Dev.. 66, 2, 61 ; *J. Pal.*, 66, 325).

La renonciation à la prescription peut résulter de déclarations consignées dans des actes de procédure, par exemple dans un exploit introductif d'instance ou dans une requête d'avoué, aussi bien que de déclarations personnelles. Paris, 16 janv. 1865 (Dev., 65, 2, 123 ; *J. Pal.*, 65, 582).

vement aux tribunaux et cours d'appel ; il veut qu'elle appartienne également à la Cour suprême.

La Cour d'appel de Paris avait vu l'abandon de la prescription dans le fait, de la part du débiteur prétendu, d'avoir défendu à l'action par une production de pièces de laquelle il entendait faire résulter qu'il ne devait rien ; et la Cour suprême a cassé cette décision par un arrêt du 19 avril 1815, que M. Troplong (n° 56, alin. 5 et 9) approuve pleinement. La Cour et M. Troplong disent que ce n'est pas renoncer à la prescription que de soutenir *ne rien devoir*, puisque la prescription est précisément une des causes sur lesquelles on peut se fonder pour dire qu'on ne doit rien, et le savant magistrat nous dit en outre que quand le juge du fait admet une renonciation là où elle n'existe pas, la Cour de cassation peut casser sa décision comme violant la loi. Or nous ne saurions admettre ces idées (1).

Remarquons d'abord que le défendeur à l'arrêt de Paris n'avait pas dit purement et absolument, comme le supposent la Cour de cassation et M. Troplong, *qu'il ne devait rien*, mais *qu'il ne devait rien d'après les pièces par lui produites ;* il avait soutenu que l'absence d'obligation résultait pour lui de l'état de ces pièces. Or n'était-il pas très-possible que les pièces dont il argumentait, que le système de défense qu'il basait sur elles fût exclusif de l'idée de prescription et inconciliable avec elle ?...Mais en admettant que la Cour de Paris se fût trompée et eût considéré comme contenant la renonciation tacite un fait qui réellement ne la contenait pas, serait-ce donc une violation de la loi ?

(1) Jugé que les tribunaux sont appréciateurs souverains des faits ou actes dont on prétend faire résulter une renonciation tacite à la prescription acquise, et que leurs décisions échappent à la censure de la Cour de cassation. Cass., 8 août 1865 (Dev., 65, 1, 371 ; *J. Pal.*, 65, 965). —Spécialement, une cour a pu décider qu'il ne résulte pas qu'un débiteur d'une pension alimentaire ait renoncé à se prévaloir de la possession acquise, vis-à-vis du crédirentier, pour le surplus de la dette, de ce qu'il a payé, en vertu de jugements, des arrérages échus, entre les mains d'un créancier saisissant (même arrêt).

La négative nous paraît évidente. Le Code n'ayant pas indiqué (et il ne devait ni ne pouvait le faire) les caractères par lesquels le fait supposera l'abandon du droit, le jugement qui se trompera sur ces caractères ne sera donc qu'un mal-jugé, et non pas une violation des règles du Code, puisque là-dessus le Code ne contient pas de règles.

La seule et unique règle légale est celle-ci: "Il y a renonciation tacite quand il existe un fait supposant l'abandon du droit." Quant à savoir quand et comment le fait supposera l'abandon du droit, ce n'est plus la loi qui le dit, c'est le bon sens et la raison. Cela étant, il est donc manifeste que, quand le juge aura vu l'abandon dans un fait où une intelligence plus sagace aurait vu qu'il n'est pas, ce juge aura violé le bon sens et la raison, mais il n'aura pas violé la loi. Le juge ne viole jamais la loi, du moment que, pour écarter la prescription, il se fonde, à tort ou à raison, sur ce qu'il existe un fait supposant l'abandon du droit, puisque c'est là tout ce que la loi lui demande.

On objecterait en vain que, dans plusieurs cas, la Cour suprême peut et doit casser pour cette fausse appréciation des caractères du fait; par exemple, quand une cour d'appel déclare vente un contrat qui constitue réellement un louage, ou si elle a vu les caractères de tel délit dans un fait où ils n'étaient réellement pas. Nous avons nous-mêmes obtenu dans nos derniers mois d'exercice devant la Cour suprême, et nettement approuvé dans la *Revue critique* (t. II, p. 211), la cassation d'un arrêt de Rouen qui avait déclaré constitutif du délit d'escroquerie des faits qui ne le constituaient pas...

L'objection serait sans valeur, attendu que, dans les cas dont il s'agit, c'est le texte même de la loi qui précise les caractères du contrat ou du délit: de sorte que le jugement qui s'en écarte contient une contradiction à des règles écrites dans le Code, une violation de la loi. Ici, au contraire, la loi n'indique que la nécessité d'un fait supposant l'abandon; et du moment, dès lors, qne le juge aura constaté l'exis-

tence de ce fait supposant l'abandon, la saine et juste appréciation des choses pourra bien être blessée, mais la loi sera respectée.

Aussi M. Troplong lui-même, dans un autre endroit de son commentaire (n° 70, alin. 5), admet-il des idées qui, sans qu'il l'ait remarqué sans doute, sont en contradiction avec celles que nous venons de combattre. Le savant magistrat, en parlant des rejets prononcés par la Cour de cassation pour des arrêts d'appel qui avaient nié la renonciation dans des cas où elle était manifeste, ne critique que les motifs (fort mauvais en effet) du rejet, et non pas le rejet lui-même ; il dit que la Cour aurait dû rejeter purement et simplement, et en se fondant sur ce seul motif *qu'il n'y a pas violation de la loi.* Or, s'il en est ainsi, s'il n'y a pas violation de la loi, mais simple mal-jugé dans la décision de fait qui contient ainsi la plus fausse appréciation des caractéres constitutifs de l'abandon , c'est donc que cette appréciation est bien, comme nous le disons, une simple question de fait, du domaine souverain des tribunaux ; et si M. Troplong est ici dans le vrai, il était donc dans le faux au n° 56.

36. Au surplus, si M. Troplong est, en effet, dans le vrai quand il finit ainsi par reconnaître qu'il n'y a pas là de violation de la loi, il y est parfaitement aussi quand il déclare profondément fausses les idées sur lesquelles la chambre des requêtes s'est quelquefois basée pour rejeter les pourvois formés en cette matière, notamment dans son arrêt du 15 décembre 1829 (n° 56 et 68).

La chambre des requêtes, allant ici plus loin que le jugement même qui était attaqué devant elle et voulant faire un arrêt de principe, non une simple solution d'espèce, est arrivé à la plus grave hérésie en posant cette prétendue règle, que la renonciation ne peut pas s'établir *par des inductions* et qu'elle ne peut se prouver que *par des aveux, affirmations ou consentements.* Non-seulement cette incroyable doctrine n'est qu'un contre-sens, puisque, comme le fait très-bien remarquer M. Troplong (n° 56), dire que la renonciation

résultera *de faits* QUI SUPPOSENT *l'abandon du droit*, c'est précisément faire appel à l'induction (une chose *supposée* étant précisément celle qui n'est admise que *par l'induction* tirée d'une autre chose, connue par elle-même); mais elle est de plus, ce que M. Troplong n'a pas dit (et ne pouvait pas dire, s'il avait sur la renonciation verbale l'idée fausse que nous avons signalée plus haut), la suppression de notre art. 2221, puisque dire qu'il faut des *consentements*, *affirmations ou aveux*, c'est dire qu'il faut une renonciation *exprimée* et rejeter ainsi la renonciation tacite !

On ne saurait donc être plus malheureux que l'a été ici la chambre des requêtes ; et son erreur est d'autant plus étonnante que, condamnée déjà comme on le voit par l'art. 2221, elle l'est encore une seconde fois un peu plus loin par l'art. 2224, qui nous parle des cas où *la partie*, D'APRÈS LES CIRCONSTANCES, *doit* ÊTRE PRÉSUMÉE *avoir renoncé à la prescription.* Il s'agit donc bien d'inductions et présomptions.

2186. Celui qui ne peut aliéner ne peut renoncer à la prescription acquise.	2186. Persons who cannot alienate cannot renounce prescription acquired.

---

* *C. N.* 2222. } Celui qui ne peut aliéner, ne peut renoncer à la prescription acquise.

---

* *ff. Liv.* 50, *Tit.* 16, *l.* 28, *De verb. sig.* } *Alienationis* verbum etiam usucapionem continet : vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitũr usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare : veluti qui hereditatem omittit, aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur. (PAULUS).

Ibidem.
Trad. de M. Berthelot. } Le terme *d'aliénation* comprend aussi l'usucapion : car on conçoit difficilement que celui qui laisse prescrire la chose ne soit censé l'aliéner. Celui-là aussi est dit aliéner, qui perd un droit de servitude par le non-usage. Celui qui, dans ce cas, pouvant acquérir, ne le fait pas, n'est pas censé aliéner : par exemple qui abandonne une succession, ou qui néglige de faire dans le temps prescrit l'option qui lui a été laissée.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Const. de rente*, *n*o 144-5-6. } 144. Cette prescription non-seulement peut être interrompue, elle peut aussi se couvrir à l'égard des arrérages courus avant les cinq dernières années contre lesquels elle était acquise. Mais il y a cette différence, qu'elle peut s'interrompre, même contre un débiteur mineur et interdit ; au lieu que quand elle a été une fois acquise, elle ne peut se couvrir que par un débiteur majeur et usant de ses droits : car un débiteur qui n'a pas la libre disposition de ses droits, ne peut pas renoncer au droit de la prescription qui lui est acquis.

145. Cette prescription se couvre, soit par le paiement que le débiteur fait des arrérages à l'égard desquels la prescription était acquise, soit par la promesse qu'il a faite de les payer. Mais cette promesse n'a d'effet et ne couvre la prescription que contre le débiteur qui l'a faite, et non contre ses codébiteurs ou cautions, ni contre des tiers. *Voy.* dans notre *Traité des Obligations*, n° 699, ce que nous avons dit sur la manière dont se couvrent les prescriptions.

146. Observez que le débiteur d'une rente constituée, s'il est majeur, peut bien renoncer au droit que lui a acquis la prescription de cinq ans pour les arrérages échus contre lesquels cette prescription était acquise ; car il est permis à chacun de renoncer à son droit, lorsqu'il a la libre disposition de ses biens : mais la convention par laquelle le débiteur conviendrait, soit par le contrat de constitution, soit par un

autre acte fait *ex intervallo*, avec le créancier " de ne pas user de cette prescription à l'égard des arrérages à venir", ne serait pas valable : car les prescriptions étant de droit public, elles ne peuvent être empêchées par les conventions des particuliers : *Privatorum cautio juri publico non derogat.* Si l'on avait égard à une pareille convention, elle deviendrait de style dans les contrats de constitution, et la loi de Louis XII, qui est une loi si sage et si salutaire, serait toujours éludée.

---

* 12 *Marcadé, sur art.* 2222 *C. N., art. VIII.* } 44. Si la renonciation proprement dite n'est jamais une aliénation, puisque le possesseur la fait avant d'être devenu propriétaire du bien et qu'elle a précisément pour objet de l'empêcher de le devenir, elle est du moins, en fait, pour ce possesseur, l'équivalent d'une aliénation, puisqu'il s'y dépouille de tout droit sur une chose dont il ne tiendrait qu'à lui d'être propriétaire à l'instant même et d'un seul mot.

Pour cette raison, la loi ne permet la renonciation qu'à ceux qui peuvent aliéner, et tous ceux qui sont incapables de vendre sont par là même incapables de renoncer à la prescription. Ainsi, ce serait une renonciation nulle que celle qui serait faite par un mineur non émancipé, par un interdit, par une femme mariée non autorisée, par un prodigue non assisté de son conseil judiciaire, par des préfets ou autres administrateurs qui ne seraient pas munis de l'autorisation nécessaire pour l'aliénation des biens de l'Etat, des communes, des hospices et autres établissements publics ; et quant au mineur émancipé, comme il n'a capacité que quant aux revenus, il pourrait bien renoncer utilement à la prescription échue d'intérêts ou d'arrérages, mais non pas à celle du capital ou de la rente.

45. On est d'accord à cet égard ; mais un autre point, qui nous paraît cependant également simple, fait ici difficulté et divise les auteurs. C'est celui de savoir si la renonciation qui ne peut pas être faite par l'interdit et le pupille peut

l'être par le tuteur, muni de l'autorisation qui lui serait nécessaire pour aliéner.

Ainsi, quand un tuteur renoncera à la prescription d'un immeuble en vertu d'une autorisation donnée par le conseil de famille et homologuée par le tribunal civil sur les conclusions du ministère public (art. 457, 458), la renonciation sera-t-elle valable ? Pour notre part, nous n'hésitons pas à répondre affirmativement, comme le fait M. Dalloz (ch. 1, sect. 1, art. 2, n° 3) ; mais la négative est enseignée par M. Troplong (n° 80, 81), dont la solution et les motifs sont adoptés par M. Taulier (VII, p. 445), et paraîtrait l'être aussi par un ou plusieurs des professeurs de la Faculté de Paris, si l'on en juge par les *Répétitions* de M. Mourlon (p. 15). Malgré cela, nous croyons cette doctrine de M. Troplong inexacte et arbitraire.

Que demande, en effet, la loi pour permettre la renonciation ? Elle demande, ni plus ni moins, que celui qui la consent ait capacité pour aliéner le bien. Or, le tuteur, quand il est muni d'une autorisation homologuée par le tribunal, ne peut-il pas aliéner les immeubles ? S'il peut les aliéner, il peut donc par là même renoncer à leur prescription. On reconnaît que la femme, du moment qu'elle est autorisée par le mari, qu'un préfet pour l'Etat et un maire pour sa commune, du moment qu'ils y seraient autorisés législativement, comme il est nécessaire pour l'aliénation des biens nationaux ou communaux, peuvent valablement renoncer (Troplong, n° 82), parce qu'ils sont dans le cas où ils peuvent aliéner ; mais comment ne voit-on pas que, par cela même, le tuteur est en mesure de renoncer du moment qu'on a fait dans ce but ce qu'il faudrait faire dans le but d'aliéner ? comment ne voit-on pas que refuser le droit de renoncer là où le droit d'aliéner existe, c'est aller plus loin que le Code, ajouter à la loi, et par conséquent faire de l'arbitraire ?

46. On objecte que la renonciation équivaut, non pas à une aliénation ordinaire, mais à une aliénation gratuite, et que ce genre d'aliénation est absolument interdit au tuteur.

Mais on n'a pas pensé à la distinction qui se présente ici tout naturellement. Si la prescription à laquelle il s'agit de renoncer est un moyen de faire valoir un droit qu'il y a lieu de croire fondé, ou du moins qu'on peut supposer raisonnablement tel, alors, il est vrai, la renonciation peut être considérée comme une aliénation gratuite ; mais alors aussi on ne trouvera jamais un tuteur, un conseil de famille, un ministère public et un tribunal assez coupables pour demander, accorder et approuver l'autorisation de renoncer. Si, au contraire, le droit qu'il s'agirait de faire valoir par la prescription est manifestement mal fondé, et ne devait être que la consécration d'une criante iniquité, alors, il est vrai, l'autorisation de renoncer pourra bien être donnée et homologuée, mais alors aussi la renonciation serait un acte de justice dont l'inaccomplissement pourrait bien, même pécuniairement, nuire au mineur plus que lui profiter.

N'oublions pas, en effet, que, même comme question de spéculation et d'intérêt matériel, l'argent n'est pas tout, heureusement ; que le défaut de confiance, la déconsidération et les autres conséquences de l'improbité peuvent souvent se traduire en pertes plus grandes que celle qui serait résultée du loyal abandon d'un bien auquel on n'avait pas droit ; que la Providence permet beaucoup plus souvent, et de plus de manières que ne le pensent certaines gens, la réalisation du vieux proverbe : *Bien mal acquis ne profite pas* ; et que ce sera quelquefois respecter le véritable intérêt du mineur, en même temps que la justice, que de renoncer pour lui à la prescription.

On objecte encore que, la renonciation à la prescription étant une question de délicatesse et une affaire de conscience, elle ne peut dès lors émaner que de la personne intéressée elle-même, non de son représentant ; et M. Troplong surtout, insistant fortement sur cette idée, nous dit que cette renonciation n'est plus qu'un jeu, une dérision et une source de dangers, si elle n'est pas rigoureusement personnelle à celui qui acquiert ou se libère, si on le fait *homme ultra-délicat*

par procureur, si on lui impose à son insu *l'abnégation chevaleresque d'un chrétien.* Mais qui ne voit qu'il y a ici la même méprise et la même exagération que plus haut ?

Que viennent faire ces idées d'abnégation chevaleresque et d'homme ultra-délicat, quand on vous dit que la renonciation ne devra pas avoir lieu et n'aura certainement pas lieu, grâce aux conditions requises, s'il y a seulement des doutes sérieux sur l'illégitimité du droit de l'incapable, et qu'elle n'est possible que quand cette illégitimité sera certaine ? Sans doute, on ne doit jamais imposer à un incapable *une abnégation chevaleresque*, et nous l'accordons sans peine ; mais comment M. Troplong n'accorde-t-il pas aussi, réciproquement, qu'il faut toujours lui épargner *un acte de friponnerie ?* Que M. Troplong se rassure : ces abnégations chevaleresques, qu'il redoute tant, sont malheureusement, dans nos mœurs, peu fréquentes et peu à craindre, et des actes d'improbité le sont assurément beaucoup plus ; en tout cas, c'est à ces derniers seulement que notre règle est applicable. Or, il est bien évident que si de purs actes d'abnégation, de sacrifice et de générosité ne peuvent être convenablement accomplis par les intéressés en personne, il n'en est pas de même de ceux qui nous occupent ici, et que des tiers peuvent apprécier ceux-ci pour autrui aussi bien que pour eux-mêmes (et quelquefois mieux encore).

Des questions de dévouement, de grandeur d'âme, de charité chrétienne, comme en suppose ici M. Troplong, ne peuvent sans doute se résoudre que par les personnes elles-mêmes ; mais tout le monde peut résoudre pour tout le monde des questions de justice et de loyauté.

Lahaie, sur art. 2222 *C. N.* } *Duranton,* t. 21, n. 150. — Il résulte de notre article que les tuteurs ne peuvent renoncer à la prescription acquise à leur pupille. Toutefois, s'il s'agissait de l'une de ces dettes au sujet desquelles le serment peut être déféré aux tuteurs, en vertu de l'art. 2275, la

renonciation par le paiement de la dette serait très valable. Ainsi le tuteur porterait utilement dans son compte la somme payée, à moins qu'il ne fût ensuite justifié contre lui que la dette avait été acquittée.

Troplong, prescription, t. 1, n. 79.—Ainsi les mineurs, l'interdit, l'émancipé, la femme mariée, le prodigue, ne peuvent renoncer à la prescription ; il en est de même des communes, des hospices, etc.

A Dalloz, prescription, n. 60.—Celui qui peut aliéner avec autorisation, peut-il, sous la même condition, renoncer à la prescription ? Favard, R., v. prescription, refuse cette faculté aux femmes mariées, aux mineurs et aux interdits, en ce qu'elle léserait l'intérêt de l'incapable sans nécessité et sans équivalent. (Voir Troplong, n. 80.)

2187. Toute personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peut l'opposer lors même que le débiteur ou le possesseur y renonce.

2187. Any person interested in the acquiring of a prescription, may set it up although the debtor or the possessor have renunced it.

---

* *C. N.* 2225. } Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce.

---

* *ff. Liv.* 23, *Tit.* 5, *l.* 16, *De fundo dotale.* } Si fundum quem Titius possidebat bona fide, et longi temporis possessione poterat sibi quærere, mulier ut suum marito dedit in dotem, eumque petere neglexerit vir, cùm id facere posset, rem periculi sui fecit. Nam licet lex Juliæ quæ vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad hujusmodi adquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem quæ

per longum tempus fit, si antequàm constitueretur dotalis fundus, jam cœperat. Planè, si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit quod imputabitur marito. (TRYPHONINUS.)

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } Une femme a apporté en dot à son mari un fonds qui lui appartenoit, mais qui étoit possédé de bonne foi par un tiers qui pouvoit en acquérir la propriété par la prescription. Si le mari néglige d'en former la demande contre ce tiers, il court les risques de la perte du fonds, à moins qu'il n'ait été dans l'impuissance de la revendivuer. Car, quoique la loi Julia, qui défend d'aliéner un fonds dotal, s'étende aussi à l'espèce d'aliénation qui arrive par la prescription, elle n'a cependant pas l'effet d'interrompre la longue possession qui avoit déjà commencé avant que le fonds fût constitué en dot. Mais s'il ne restoit plus que fort peu de jours pour consommer la prescription, on n'aura rien à imputer au mari.

(TRYPHONINUS.)

---

* *Merlin, Rép.*, *v°* *Prescription*, *sec.* 1, § 4, *art.* 2. } La question de savoir par qui la Prescription peut être opposée, est facile à résoudre d'après les principes établis dans le paragraphe précédent.

Nous y avons vu que celui à qui la Prescription est acquise, peut y renoncer : et de là il résulte évidemment qu'il est seul recevable à s'en prévaloir. C'est en effet ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Toulouse, du 9 janvier 1700, rapporté dans le *Journal du Palais* de cette cour, tome 6, § 105.

Mais peut-on appliquer cette décision à l'espèce suivante ?

Il est généralement reconnu que la mouvance d'un fief est prescriptible de seigneur à seigneur. Supposons que le seigneur qui a prescrit, ne veuille pas exciper de sa Prescription, pourra-t-elle être opposée par le vassal qui a intérêt de relever de lui plutôt que d'un autre ? Le parlement de Toulouse a jugé pour l'affirmative, par un arrêt du 6

septembre 1704 ; il est rapporté dans le recueil que nous venons de citer, tome 3, page 164.

Ainsi, toutes les fois qu'un tiers a un droit acquis par la Prescription qui a couru en votre faveur, ni votre silence ni votre renonciation ne peuvent l'en priver.

C'est ce qui a encore été jugé par un arrêt du parlement de Bordeaux, du 21 mars 1673, que rapporte La Peyrère, lettre P, n° 102. Dans cette espèce, un débiteur dont tous les biens étaient en criées, avait prescrit, contre son frère, le supplément de légitime qu'il lui devait depuis plus de trente ans. Celui-ci se présenta pour se faire colloquer dans la distribution du prix des fonds qu'on allait décréter. Les autres créanciers soutinrent qu'il était non-recevable, attendu la Prescription qui était pleinement acquise ; et l'arrêt le jugea ainsi, quoique le débiteur eût déclaré qu'il ne croyait pas pouvoir équitablement opposer la Prescription, et qu'il y eût renoncé formellement. " Plusieurs de messieurs disaient (suivant La Peyrère) qu'il était permis de " reconnaître de bonne foi quand on n'avait pas payé ; *nemo* " *prohibetur bonam fidem agnoscere*, dit la loi. Mais cela doit " s'entendre quand une personne tierce qui a déjà acquis le " droit, ne se plaint pas ; c'est l'avis de Bartole : et suivant " cet avis, il fut jugé que le consentement et la déclaration " du frère n'interrompaient pas la prescription."

Par la même raison, le garant simple peut opposer la Prescription de la dette réclamée contre le demandeur en garantie, quoique celui-ci reconnaisse qu'elle n'a pas été payée réellement. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Garantie*, § 7.

Et en général, dit l'art. 2225 du Code civil, " les créanciers, " ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la Prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce." *V.* ci-après, § 8.

Voy. *Despeisses*, cité sur art. 2188.

Lahaie, sur art. 2225 *C. N.* } Bigot-Préameneu, exposé de motifs au Corps législatif, 8 mars 1804.—Ce serait une erreur de croire que la prescription n'a d'effet qu'autant qu'elle est opposée par celui qui a prescrit, et que c'est au profit de ce dernier une faculté personnelle.—La prescription établit ou la libération ou la propriété ; or, les créanciers peuvent exercer les droits et les actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

Favard, prescription, sect. 1, n. 3.—Dans les causes communicables, le ministère public peut-il invoquer le moyen de la prescription que néglige la partie intéressée ?—Il n'y a pas de doute, si l'omission vient de la partie dans l'intérêt de laquelle la communication au ministère public est ordonnée ; car la loi appelle alors la surveillance de la partie publique, pour que les incapables soient toujours valablement défendus.—Mais si l'omission vient d'une partie ayant le libre exercice de ses droits, le moyen de la prescription ne doit pas être suppléé par le ministère public, parce que celui qui n'oppose pas ce moyen peut être entraîné par les remords de sa conscience, dont l'action ne doit pas être entravée. (Rolland dé Villargues, prescription, n. 39.)

Vazeille, Traité des prescriptions, n. 353.—Cette règle est une des conséquences de la règle générale qui réprouve soit les dispositions et les arrangemens frauduleux conçus pour éluder des obligations, soit même des actes qui ne sont que le produit d'un penchant trop libéral ou d'un faux calcul, lorsqu'ils tournent au détriment de personnes envers lesquelles on s'est obligé. Dans tous les temps, cette classe d'individus a excité toute la sollicitude des législateurs et des tribunaux. Que deviendraient leurs droits, le plus souvent, s'ils étaient livrés à la discrétion des débiteurs ?

Duranton, t. 21, n. 152.—Bien entendu que les droits des personnes ayant intérêt doivent être antérieurs à la renonciation.

N. 154.—Un vendeur assigné en garantie par son acheteur,

sur une demande en revendication formée contre celui-ci par un tiers, a intérêt et droit d'opposer la prescription que l'acheteur ne fait pas valoir, afin d'éviter les effets de la garantie. (Dalloz, prescription, chap. 1, sect. 1, art. 3, n. 5.)

N. 156.—La renonciation faite par le débiteur au droit d'opposer la prescription déjà acquise ne peut non plus nuire à sa caution.

Troplong, prescription, t. 1, n. 100.—Il n'est pas d'un homme juste de sacrifier ses obligations les plus étroites à celles qui ont moins de faveur et de force : la loi suppose de plein droit qu'il y a fraude dans la renonciation.

N. 101.—Les créanciers ne peuvent faire rétracter une renonciation contenue dans un traité formel et consommé. (Vazeille, n. 352, et Dalloz, prescription, p. 243, 2e col., n. 7.) Mais Troplong s'élève avec force contre cette opinion. (Voir Duranton, t. 10, n. 576.)

La solution serait-elle la même si elle avait été fortifiée par un jugement à la suite d'une instance dans laquelle le débiteur n'aurait pas opposé la prescription, ou même y aurait renoncé formellement ? Je n'hésite pas à le croire, dit encore Troplong, n. 102.

Il est bien évident que la caution et le garant ne serait pas liés non plus par la renonciation du débiteur ou du garanti, auxquels il n'est pas permis d'abdiquer un moyen de défense péremptoire, par une renonciation qui va porter sur autrui toute la responsabilité de l'obligation.

---

3 *Baudry-Lacantinerie, sur art.* 2225, *C. N., p.* 908. } 1595. Aux termes de l'art. 2225 : " *Les créanciers, ou toute* " *autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit ac-* " *quise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le proprié-* " *taire y renonce.*"

La disposition de cet article a été la source de vives controverses.

Il ne paraît guère contestable que la prescription puisse

être opposée du chef d'un débiteur par ses créanciers, lorsqu'il néglige de le faire lui-même. L'art. 2225 lève le doute, que permettrait de concevoir à ce sujet la disposition de l'art. 1166, en nous montrant clairement que la faculté d'opposer la prescription ne rentre pas dans la catégorie des droits *exclusivement attachés à la personne*, dont l'exercice est interdit aux créanciers (art. 1166 *in fine*).

On conçoit que des créanciers viennent ainsi opposer la prescription du chef de leur débiteur, lorsqu'ils intentent au nom de celui-ci l'action en revendication d'un bien à lui appartenant et qui est détenu par un tiers ; il pourra être nécessaire, pour triompher dans une semblable action, d'invoquer la prescription, et les créanciers en auront certainement le droit. On peut supposer encore qu'une action en revendication étant intentée contre le débiteur, ses créanciers interviennent dans l'instance pour la conservation de leurs droits ; nul doute qu'ils ne puissent encore opposer la prescription que le débiteur négligerait d'invoquer. Enfin il se peut qu'un ordre étant ouvert sur les biens d'un débiteur, celui-ci n'oppose pas à l'un des créanciers qui produisent à cet ordre la prescription acquise contre lui ; il est certain que les autres créanciers pourront l'opposer à sa place, afin d'écarter un concurrent.

1596. Un second point semble aussi à l'abri de toute controverse. Si un débiteur a renoncé *en fraude des droits de ses créanciers* à une prescription acquise, lesdits créanciers pourront faire rescinder la renonciation frauduleuse par le moyen de l'action paulienne, et venir ensuite opposer la prescription du chef du débiteur. C'est une application incontestable du principe général de l'art. 1167.

1597. Mais voici qui est plus délicat. Un débiteur a renoncé au bénéfice d'une prescription acquise, et cette renonciation préjudicie à ses créanciers. Nulle fraude, on le suppose, de la part du débiteur : en renonçant à la prescription, il a suivi les inspirations de sa conscience. Les créanciers pourront-ils attaquer la renonciation et la faire rescinder,

comme ils le pourraient certainement s'il y avait fraude et qu'elle fût prouvée? Nous admettons l'affirmative. Elle nous paraît résulter des termes de l'art. 2225, qui autorise les créanciers à opposer la prescription *encore que le débiteur y renonce*, ce qui signifie, à uotre avis : *encore que le debiteur se soit dépouillé par une renonciation* (même non frauduleuse, car la loi ne distingue pas) *du droit d'opposer la prescription*, et non, comme on le prétend dans une autre opinion : *encore que le débiteur néglige d'opposer la prescription*, d'où il résulterait que l'art. 2225 se bornerait à formuler une application pure et simple du principe posé en l'art. 1166.

Interprété comme nous venons de le faire, l'art. 2225 contient une exception à la règle établit par l'art. 1167. En principe, il ne suffit pas qu'un acte accompli par un débiteur soit préjudiciable à ses créanciers, pour que ceux-ci puissent le faire rescinder par l'action paulienne : il faut en outre que l'acte ait été accompli en fraude de leurs droits. Ici le préjudice suffit, sans qu'il doive nécessairement être doublé de la fraude.

L'exception d'ailleurs est facile à justifier. Il s'agit d'un débiteur au-dessous de ses affaires : s'il avait de quoi payer tout le monde, nul ne réclamerait ; doit-il avoir le droit d'empirer encore la situation de ses créanciers, en renonçant au bénéfice d'une prescription acquise? Le débiteur dira tant qu'il voudra, qu'il agit ainsi par un scrupule de conscience, qu'en définitive il ne fait que rendre à César ce qui appartient à César ; ses créanciers lui répondront : " A merveille, si vous aviez de quoi faire honneur à vos engagements ; mais en définitive vous réglez une dette de conscience à nos dépens : ce qui ressemble à faire l'aumône avec le bien d'autrui. Le droit de celui au profit duquel vous avez renoncé à la prescription est tout au moins douteux ; en tout cas, son inaction pendant toute la durée du délai, ordinairement fort long, de la prescription le rend peu sympathique ; car il fait preuve d'une extrême négligence ; c'est un concurrent que nous avons bien le droit d'écarter." Re-

marquons d'ailleurs que la loi met le débiteur bien à l'aise au point de vue de la conscience : il a renoncé à la prescription, nous le supposons ; sa conscience est par conséquent satisfaite ; nul ne pourra lui reprocher d'être un malhonnête homme. Maintenant l'art. 2225, par un sentiment de justice plus éclairé, autorise la rescision de sa renonciation, parce que des droits certains doivent l'emporter sur des droits douteux. Le débiteur n'a pas à s'en inquiéter, et nous ajoutons que le propriétaire ou le créancier, au profit duquel il a renoncé à la prescription, n'a pas le droit de se plaindre : sa longue incurie n'est pas un titre de faveur ! Il lui reste d'ailleurs un recours contre le débiteur, après satisfaction de ses autres créanciers. Tout est donc réglé pour le mieux.—La solution que nous venons de développer est celle qui triomphe en doctrine et en jurisprudence.

1598. L'art. 2225 met sur la même ligne que les créanciers *toute autre personne ayant intérêt.* On peut citer comme exemple la caution. Lorsqu'une dette cautionnée est prescrite, c'est un droit pour la caution, comme pour le débiteur, d'opposer la prescription. Libre au débiteur d'y renoncer, s'il le juge à propos ; mais cette renonciation ne pourra compromettre en rien le droit de la caution.

2188. Les tribunaux ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription, sauf dans les cas où la loi dénie l'action.

2188. The court cannot of its own motion supply the defence resulting from prescription, except in cases where the right of action is denied.

---

* *C. N.* 2223. } Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription.

[ARTICLE 2188.]

* *Despeisses, v° Prescription, n° 36.* } Si le défendeur n'oppose pas la prescription au demandeur, bien qu'elle apparoisse manifestement au Juge, toutefois il ne la peut pas opposer ou suppléer, Gloss. *in leg. Sicut.* 3. *in verbo, Facultatum, Cod. de præscription.* 30. *vel* 40 *annor.* Faber, *in suo Codice, lib.* 7. *tit.* 13. *in gloss. defin.* 18. *num.* 5. Ranchin et Ferrer. *in quæst.* 221. *Guidon. Pap.* et idem Ranchin, *ad caput Raynutius, in verbo, Quod obstabat annalis exceptio, num.* 3. *et num.* 12. Et si le défendeur ne l'oppose pas, il perdra sa cause ; jugé à Castre, le 25 Mai 1633. et au Parlement de Grenoble, le 14 Août 1459. Guido Pap. *dict. quæst.* 221. et au Parlement de Bordeaux, Boër. *décis.* 344. *à num.* 1. *usque ad* 9. contre ce qui a été jugé en la Chambre Impériale, Mynsing. *cent.* 3. *observ.* 28. c'est pourquoi celui qui n'ayant pas opposé la prescription a été condamné, ne peut sous ce prétexte faire déclarer la Sentence nulle, mais se doit pourvoir par appel envers icelle, *leg. Peremptorias* 2. *Cod. De Sentent. rescind. non poss.* ou bien s'il est mineur, il se doit faire restituer en entier envers l'omission de l'allégation de ladite prescription, *dict. leg.* 2.

Par la même raison celui qui n'ayant pas opposé la prescription au demandeur, a payé, ne peut pas répéter ce qu'il a payé, Ferrer. *ibid.* parce qu'il est censé s'en être departi, et ne l'opposant pas, la prescription n'éteint pas l'action, *ipso jure, sed ope exceptionis :* il faut donc qu'elle soit opposée par la partie ou par ses Créanciers qui ont ce droit, même contre la volonté de leur Débiteur, *Arg. leg. Omnes* 19. *ff. De exception.* où il est dit : *Que les exceptions qui sont accordées au Débiteur, compétent aussi à sa caution, même contre la volonté dudit Débiteur.* * *Nota.* Cependant si un Débiteur avoit payé d'anciens arrérages de rente constituée prescrits par cinq ans, il auroit droit de les répéter, comme chose payée et non due, suivant l'article 71. de l'Ordonnance de 1510.]

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.* *n°* 677. } Une troisième fin de non-recevoir, est celle qui résulte du *laps du temps* auquel la loi a borné la durée de l'action qui naît de la créance.

On appelle cette espèce de fin de non-recevoir proprement *prescription* (1), quoique le terme de *prescription* soit un terme général, qui peut aussi convenir à toutes les autres fins de non-recevoir.

C'est de cette espèce de fin de non-recevoir que nous traiterons dans la suite de ce chapitre.

Les fins de non-recevoir n'éteignent pas la créance, mais ils la rendent inefficace, en rendant le créancier non recevable à intenter l'action qui en naît (2).

Outre cela, quoique les fins de non-recevoir n'éteignent pas *in rei veritate* la créance, néanmoins elles la font présumer éteinte et acquittée, tant que la fin de non-recevoir subsiste.

C'est pourquoi, lorsqu'il y a une fin de non-recevoir acquise au débiteur contre ma créance, non-seulement je ne puis intenter action contre lui, je ne puis même lui opposer cette créance en compensation contre les créances qu'il aurait de

(1) Il est probable que cette dénomination vient du droit romain ancien : *Prescriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas præscribuntur, plus quam manifestum est ;* Gaius, com. 4, n. 132. Mais il faut convenir aussi que la même expression n'exprime pas en droit français la même chose que dans le droit romain. (Bugnet.)

(2) Cette idée est purement romaine : c'est le droit civil toujours inflexible, et le droit prétorien qui le corrige : c'est le *justum* qui, dans son application, devient *iniquum*. Le droit d'un côté, l'équité de l'autre : *Sæpè enim accidit ut quis* JURE CIVILI *teneatur*, SED INIQUUM *sit eum judicio condemnari* ; Gaius, com. 4, n. 116.

Il n'est pas bien sûr que la loi française ait envisagé la prescription sous ce point de vue : elle est rangée par le Code au nombre des modes d'extinction des obligations, elle peut être opposé en tout état de cause, elle est donc bien plutôt dans la classe des *défenses* que dans celle des *exceptions :* nous en dirions autant de l'autorité de la chose jugée. (Bugnet.).

sa part acquises contre moi depuis la fin de non-recevoir acquise contre la mienne ; car la fin de non-recevoir qui subsiste contre ma créance, opère une présomption de l'extinction de ma créance.

Mais si mon débiteur d'une somme d'argent, avant que le temps de la prescription contre ma créance fût accompli, et par conséquent avant que la fin de non-recevoir fût acquise, était devenu mon créancier d'une pareille somme d'argent, et qu'ensuite, après le temps accompli de la prescription contre ma créance, il me demandât le paiement de la sienne ; quoique je ne fusse plus recevable à donner l'action contre lui pour la mienne, je serais recevable à la lui opposer en compensation contre la sienne.

C'est le cas de cette maxime des docteurs : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

La raison est que la compensation se faisant de plein droit (*suprà*, n° 635), dès l'instant que vous êtes devenu mon créancier, votre créance et la mienne qui n'était pas encore prescrite (1), se sont mutuellement compensées et éteintes.

Du principe " que la fin de non-recevoir, tant qu'elle subsiste, fait présumer la créance éteinte ", il suit aussi qu'inutilement quelqu'un se rendrait-il caution pour une créance contre laquelle il y a une fin de non-recevoir qui subsiste.

Ajoutez que les mêmes exceptions *in rem*, qui peuvent être opposées contre l'obligation principale par le débiteur, peuvent l'être par la caution.

Les fins de non-recevoir doivent être opposées par le débiteur ; le juge ne les supplée pas.

Elles peuvent se couvrir par la renonciation que fait le débiteur aux fins de non-recevoir, soit expressément, soit tacitement.

Ces fins de non-recevoir étant ainsi couvertes, elles ne peuvent plus arrêter l'exécution ni la demande de la créance.

(1) Voilà la véritable raison : il y avait encore tous les éléments nécessaires pour opérer la compensation, elle a donc pu avoir lieu. (BUGNET.)

[ARTICLE 2188.]

Une fin de non-recevoir ne peut mieux se couvrir que par le paiement que le débiteur fait de la dette ; comme la fin de non-recevoir n'avait point éteint la dette, on ne peut pas douter que le paiement ne soit valable.

Néanmoins si le débiteur, qui a payé la dette, était mineur, il pourrait se faire restituer contre le paiement, comme contre toutes les autres espèces de renonciations qu'il aurait pu faire aux fins de non-recevoir qui lui ont été acquises.

Voy. *Guyot*, cité sur art. 2184.

Lahaie, sur art. 2223, *C. N.* } *Dalloz*, 1822, 1re part., p. 311.
Bigot-Préameneu, exposé des motifs au Corps législatif, 8 mars 1804.—La prescription n'est dans le langage du barreau qu'une fin de non-recevoir, c'est-à-dire qu'elle n'a point d'effet, si celui contre lequel on veut exercer le droit résultant d'une obligation, ou contre lequel on revendique un fonds, n'oppose pas cette exception.

Telle, en effet, doit être la marche de la justice : le temps seul n'opère pas la prescription ; il faut qu'avec le temps concourent ou la longue inaction du créancier, ou une possession telle que la loi l'exige.—Cette inaction ou cette possession sont des circonstances qui ne peuvent être connues et vérifiées par les juges que quand elles sont alléguées, par celui qui veut s'en prévaloir.

Rolland de Villargues, v. prescription, n. 9. — Cependant, lorsque le *germe* de cette exception se trouve dans les moyens mêmes du défendeur, bien qu'elle ne soit qu'implicitement renfermée dans ces moyens, le juge peut suppléer la prescription. Par exemple, si le défendeur se fait un moyen de la circonstance qu'il possède depuis un nombre d'années suffisant pour prescrire, quoiqu'il n'allègue pas la prescription en termes exprès, le juge pourra la suppléer. (Pollet, des prescriptions.)

[ARTICLE 2188.]

N. 10.—Un autre cas où le juge peut suppléer la prescription, est celui où il s'agit d'une action rescisoire, alors que le temps pour l'exercer est expiré. (Dunod, p. 110 : Delvincourt, t. 1, p. 623. Contre : Vazeille, n. 341.)

Vazeille, Traité des prescriptions, n. 341.—La disposition de l'article 2223 est prononcée en termes généraux et absolus, sans exception ni distinction de choses ni de personnes. Dans aucun cas, les juges ne peuvent suppléer le moyen résultant de la prescription, pas même dans les causes qui intéressent les personnes incapables, l'Etat, les communes, les établissemens publics. Le ministère public chargé de veiller à leurs intérêts peut proposer le moyen ; mais s'il le néglige, il n'est pas donné aux juges de le suppléer.

Duranton, t. 21, n. 112.—Les juges ne peuvent suppléer d'office le moyen de la prescription dans les matières civiles et commerciales ; mais lorsqu'il a été opposé par le défendeur pour le capital de la dette, ils doivent l'appliquer quant aux arrérages ou interêts, quoique le défendeur ne l'ait pas formellement invoqué, aussi quant à ces accessoires.

Troplong, n. 90, t. 1.—Le ministère public, n'aurait pas qualité pour suppléer, dans les conclusions qu'il donne sur les causes des mineurs, communes, hospices etc., le moyen de prescription que leur représentant, tuteur ou autre ne ferait pas valoir. *Contrà* : Vazeille et Dalloz, sur l'article.

Il ne faut excepter que le cas où le ministère public plaide pour le domaine, parce que dans ce cas, il n'est plus partie jointe, mais partie principale ; il est le défenseur de l'intérêt de l'Etat.

N. 94.—En matières criminelles, correctionnelles et de simple police, la prescription est d'ordre public ; elle doit être suppléée par le juge. Vazeille, n. 336, semble ne pas partager cette opinion : il est dans l'erreur, Merlin, R., v. délit forestier, § 13, adopte l'opinion de Troplong.

[ARTICLE 2188.]

* *Dunod, Prescrip., part.* 1, *ch.* 14, *p.* 107 *à* 111. } On dispute dans l'école, sur la question de savoir si les différentes especes de Prescriptions produisent toutes le plein domaine, ou s'il n'y a que celle de trois ans pour les meubles ; et si les autres ne donnent que le domaine utile. L'affirmative qui n'est plus probable, est fondé sur cette grande raison, que l'autorité publique dont la loi est revêtue, peut pour des causes légitimes, ôter le plein domaine à l'un, et le donner à l'autre. C'est ainsi, par exemple, que la loi en use en matiere de confiscation ; elle en use de même dans toutes les especes de Prescription. Elle éteint le domaine de l'ancien maître, et en fait naître un nouveau en faveur de celui qui a prescrit. Elle veut qu'il possede de la meilleure maniere. Elle lui promet une pleine sûreté, *plenissima sit munutione securus* ; elle lui accorde non seulement le domaine en général, mais encore un domaine qui doit toujours durer, *æternum dominium.* Elle a de justes raisons pour le faire, et par conséquent elle lui donne une propriété entiere ; l'action et l'exception, la révendication même contre l'ancien maître, s'il étoit rentré en possession de la chose prescrite.

On convient que la Prescription éteint l'obligation civile ; mais il y a plus de doute sur l'obligation naturelle. Les uns pensent qu'il n'a fait qu'en empêcher l'effet, et les autres qu'elle l'éteint entiérement. Ce qui cause la difficulté, c'est qu'on ne peut pas raisonner de l'obligation naturelle, comme du domaine ; car celui-ci étant du droit des gens du second ordre, qui n'est qu'un droit positif, il peut être transféré, éteint et formé de nouveau par la loi positive. Mais il n'en est pas de même de l'obligation, qui est du droit naturel et des gens du premier ordre, qui sont immuables.

Cependant l'existence d'une obligation, qu'il ne tient qu'à l'obligé d'anéantir en proposant la Prescription, ne paroît pas dans les principes de la saine jurisprudence. La loi civile a voulu que le débiteur fût entiérement à couvert après trente années ; et il ne le seroit pas, s'il étoit encore obligé naturellement. Elle peut éteindre l'obligation naturelle,

comme elle peut l'empêcher de naître ; et elle l'éteint par tout ce qui, suivant les maximes du droit, tient lieu du paiement.

Quoiqu'elle ne puisse pas déroger aux principes du droit naturel, et aux conclusions qui en sont tirées immédiatement ; elles dérogent néanmoins à celles qui n'en dérivent qu'indirectement : et le consentement qui forme l'obligation naturelle, est effacé suivant le droit naturel même, par un consentement contraire dans la Prescription, parce que celui qui demeure long-temps sans demander ce qui lui est dû, le remet ou l'abandonne. La loi le présume de la sorte, et elle a raison de le présumer ; car celui à qui il est dû, ne demeureroit pas si long-temps sans se faire payer, s'il ne vouloit pas faire grâce à son débiteur. *Parum juste ; præteritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat ; quia eas à debitore tuo, ut gratior apud eum esses ; petendas non putasti.* Elle regarde les hommes en cela comme ils devoient être, quoiqu'ils ne le soient pas toujours ; et comme ils savent ou qu'ils doivent savoir la présomption de la loi, ils sont censés s'y être accomodés et avoir consenti à sa disposition, en faveur de celui qui a prescrit. C'est sur un pareil fondement, qu'elle induit la remise d'une injure, par le silence d'une année, le consentement à une servitude, lorsqu'on la laisse exercer pendant dix ans ; et que l'on a voulu s'astreindre à une redevance, quand on l'a payée pendant long-temps.

Ces raisons ont fait conclure à de très-habiles jurisconsultes contre l'opinion commune, que la Prescription ne rend pas simplement l'obligation naturelle sans effet, mais qu'elle la périme et l'éteint absolument ; et cela suivant quelques-uns, quoique la Prescription ordinaire ait été racourcie par un statut, parce qu'il y a même autorité et même raison ; que la Prescription plus courte, n'est pas d'une autre nature ni d'une moindre autorité que la plus longue ; et qu'elles ne différent ensemble, que comme le moins différe du plus.

Dans les principes de l'une et l'autre des opinions ; c'est-à-

dire, de celle qui tient que l'obligation naturelle est éteinte, comme de celle qui estime que l'effet en est seulement ôté ; lorsque la Prescription est une fois acquise, l'on estime communément, qu'on ne peut plus faire renaître l'obligation par novation ni par constitut, parce que ces contrats qui demandent une obligation préexistente, n'en auroient point. L'on ne peut par la même raison, compenser une dette prescrite, avec une autre qui seroit contractée après la Prescription acquise : *Quæcumque enim per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt* ; ni obliger en ce cas une caution, parce que l'obligation de la caution, suppose au moins qu'il y ait un principal obligé naturellement, et avec effet. *Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fiedejussorem dederit fidejussor non tenetur.* Il faut convenir cependant que l'on trouve moins de doute à toutes ces questions, quand on tient que la Prescription anéantit l'obligation naturelle.

Il y a plus de difficulté, même dans ce dernier sentiment ; à savoir si, quand on a payé ce qu'on avoit prescrit, on peut le répéter comme une chose indue ; car d'un côté, l'on dit que ce qui n'est dû ni civilement ni naturellement, ou qui étant dû naturellement, peut être refusé en vertu d'une exception péremptoire et perpétuelle, peut être répété, quand même il auroit été payé par erreur de droit ; que ce qui est prescrit n'est pas dû, même naturellement ; que la Prescription a l'effet d'un paiement véritable, *solventi similis est, qui prescribit*, et que, l'exception qui résulte de la Prescription, ayant été introduite pour un bien public, elle est favorable. D'où l'on conclut qu'il y a lieu à la répétition de ce que l'on a payé, nonobstant la Prescription acquise et c'est l'opinion la plus réguliere et la plus commune.

On prétend d'autre côté, que quand le débiteur n'a pas été engagé à payer par dol et par surprise, et qu'il savoit que la Prescription étoit acquise ; il a voulu décharger sa conscience, et qu'il avoit des raisons qui l'obligeoient à payer : qu'il a pu renoncer en ces cas à la Prescription, quoiqu'elle

fût compléte, et que la bonne foi ne permet pas qu'il puisse répéter ce qu'il a payé volontairement. Il seroit difficile de faire juger qu'il y a lieu à la répétition, dans ces circonstances ; surtout s'il étoit question d'une Prescription courte et statutaire : l'on a souvent plus d'égard en pratique, à l'équité qu'aux regles étroites et aux droits rigoureux. On pourroit dire la même chose, de la dette prescrite, reconnue par novation ou par constitut.

Il suit de ces raisons, et plus encore de ce que la Prescription est une exception et une chose de fait, que le juge ne doit pas la suppléer, et qu'il faut qu'elle soit proposée par la partie ; particulierement s'il s'agit d'une Prescription courte et statutaire, qui est moins favorable, et qui ne forme qu'une fin de non-recevoir. *Nam ubi habetur in legibus, ut non recipiatur agens* ; *intelligitur, si excludatur à parte.* Ainsi quoique les anciennes ordonnances du comté de Bourgogne portent que nul n'y sera admis à demander des arrérages de plus de cinq ans ; l'on y pourroit cependant saisir pour tous les arrérages échus, quoiqu'il y en eût de plus de cinq ans ; et la saisie vaudroit pour le tout, si la Prescription n'étoit pas opposée.

S'il s'agissoit cependant d'un terme fixé par l'ordonnance pour remplir certains devoirs, comme des dix ans déterminés après la majorité, pour lever des lettres de restitution ; le juge devroit suppléer et débouter celui qui ne se seroit pourvu qu'après les dix ans, quoiqu'on ne lui opposât pas, parce qu'il est tenu de juger suivant l'ordonnance, qui est en ce cas un réglement de police et un droit public.

Si celui qui a prescrit, négligeoit de s'en prévaloir, ses créanciers pourroient le faire, s'il y alloit de leur intérêt, parce que la Prescription forme un droit acquis, dont on ne peut se dépouiller au préjudice de ses créanciers.

Au reste, la Prescription peut être proposée en tout état de cause, dans l'appel comme dans la premiere instance ; mais il ne seroit plus temps de le faire, après la chose jugée en dernier ressort : que si après avoir obtenu un arrêt, ou

une sentence passée en force de chose jugée, l'on demeuroit trente ans sans y donner suite ; le jugement n'auroit plus d'effet, et l'action, qui en résultoit, seroit prescrite, parce qu'elle n'est pas d'autre nature, ni plus privilégiée, que celle qui vient d'un contrat. Si au contraire le jugement a été exécuté, quoiqu'il ne soit pas provisionnel ; la provision se convertit après trente ans en définitive, et en a toute la force.

---

* 2 *Ferrière, Cout. de Paris, Tit.* 6, *Prescription*, § 1, *n*° 15, *p.* 286. } *Si la prescription doit être opposée à l'action, en sorte qu'il ne soit pas au pouvoir des Juges de la suppléer?*

La prescription est une exception, et partant elle doit être opposée, autrement on presume que celuy qui pouvoit s'en servir à renoncé à son droit, et qu'il l'a fait par un motif de bonne foy ; il est certain que la prescription ne détruit pas l'action *ipso jure*, mais seulement *per exceptionem :* Guy Pape décision 22. tient que le Juge ne peut pas suppléer la prescription quand elle n'est point opposée par la partie ; c'est aussi l'avis de M. Boyer décision 344. qui me semble juste.

Charondas en ses questions titre 22. chapitre 4. estime au contraire qu'elle est de droit, et dit qu'il a été ainsi jugé par Arrêt du 29. Août 1573. entre un nommé des Guets, demandeur à l'enterinement des Lettres Royaux pour faire casser et rescinder un contrat de transaction, portant vente d'une rente, et Guillaume de Soissons défendeur ; la Cour ayant reconnu au jugement du procés, que le demandeur étoit hors le temps de 10. ans de l'Ordonnance depuis sa majorité, elle débouta le demandeur de l'enterinement de ses Lettres, quoyque le défendeur n'eut point opposé la prescription.

Dans le cas proposé par Charondas, j'estime que la prescription est de droit, et que les juges la doivent suppléer, dautant qu'ils doivent juger selon les Ordonnances Royaux, lesquelles ont déterminé le temps dans lequel on doit se pourvoir par Lettres obtenuës, s'il leur appert de l'équité de la demande de l'impetrant, ils doivent le débouter de l'ente-

rinement d'icelles, lorsqu'il les a obtenuës et qu'il les présente aprés le temps de l'Ordonnance.

Il faut dire le contraire de la prescription ordinaire, laquelle est une exception qui doit être opposée par le défendeur poursuivy en action réelle, et elle ne doit point être suppléée par le Juge ; c'est un moyen que la Loy luy fournit, de laquelle il peut ne se servir pas.

Chitty (*Hume*), *On bills*, *part.* 2, *ch.* 4, *p.* 596. } In every Action of *Assumpsit* Matters in Confession and Avoidance to be Pleaded specially.

It is also ordered, (s. 3,) that in every species of *assumpsit*, all matters in confession and avoidance, including not only those by way of discharge, but those which show the transaction to be either void or voidable in point of law, on the ground of fraud or otherwise, shall be specially pleaded ; *ex. gr.*, infancy, coverture, release, payment (1), performance, illegality of consideration either by statute or common law, drawing, indorsing, accepting, &c., bills or notes by way of accommodation, set-off, mutual credit, unseaworthiness, misrepresentation, concealment, deviation, and various other defences, must be pleaded.

2189. La prescription en fait d'immeubles se règle par la loi de la situation.

2189. Prescriptions in respect of immoveable property are governed by the law of the place where it is situated.

(1) In Ireland *v.* Thompson, 6 Scott, 601 ; 4 Bing. N. C. 716, S. C., the Court of Common Pleas compelled the defendant to deliver particulars of a plea of payment. But in a subsequent case the Court of Exchequer refused an application for such particulars, on the ground that it would be substantially requiring the defendant to state his evidence. Phipps *v.* Lothian, M. T. 1840, Exch. 4, Jurist, 294. The rule T. T. 1 Will. 4, s. 6, *ante*, 558, requiring the particulars of the defendant's set-off to be annexed to the record, makes no mention of a plea of payment.

* 9 *Pothier* (*Bugnet*, *Prescription*, *n*o 247-248-251-253-254 *et notes.* } 247. Les lois qui concernent les prescriptions par lesquelles nous acquérons la propriété des choses, étant des lois qui ont pour objet les choses, ces lois sont des statuts réels, lesquels, suivant la nature des statuts réels, exercent leur empire sur toutes les choses qui y sont sujettes, à l'égard de toutes sortes de personnes.

Toutes les choses qui ont une situation, telles que sont tous les héritages, tant les maisons que les fonds de terre, sont soumis à l'empire de la loi du lieu où est leur situation.

Les droits réels que nous avons dans un héritage, tels qu'un droit de rente foncière, un droit d'usufruit, etc., sont censés avoir la même situation que l'héritage, et sont pareillement soumis à l'empire de la loi du lieu où il est situé.

La loi qui doit régler la prescription qui nous fait acquérir la propriété d'un héritage ou d'une rente foncière, doit donc être la loi du lieu où l'héritage est situé : il n'importe où soit le domicile tant du possesseur qui acquiert, que du propriétaire qui est dépouillé par la prescription.

Par exemple, si j'ai possédé pendant dix ans avec titre et bonne foi votre héritage situé sous la coutume de Blois, qui admet la prescription de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents ; quoique nous demeurions l'un et l'autre sous celle d'Orléans, qui n'admet que celle de trente ans, je l'aurai acquis par la prescription de dix ans, à laquelle il est sujet par la loi du lieu de sa situation (1).

Vice versâ, si votre héritage que je possède avec titre et bonne foi, est situé sous la coutume d'Orléans ; quoique nous demeurions l'un et l'autre sous la coutume de Blois, qui admet la prescription de dix ans entre présents, je ne pourrai l'acquérir que par une possession de trente ans, la coutume d'Orléans n'admettant d'autre prescription que celle de trente ans.

(1) Nous avons déjà fait observer que le Code compare le domicile du propriétaire avec la situation de l'immeuble pour exiger dix ou vingt ans. (BUGNET).

Si les terres dépendant de votre héritage que j'ai possédé pendant dix ans avec titre et bonne foi, étaient situées sous différentes coutumes, les unes sous la coutume de Blois, qui admet la prescription de dix ans, les autres sous celle d'Orléans, qui n'admet que celle de trente ans, j'aurai acquis par la prescription de dix ans les terres situées sous la coutume de Blois, et vous conserverez celles situées sous la coutume d'Orléans. Ces terres, quoiqu'elles composassent par la destination du père de famille un même héritage, sont néanmoins différentes les unes des autres ; elles ont chacune leur situation différente ; elles sont par conséquent soumises chacune aux différentes lois de leur différente situation, et rien n'empêche que vous ne puissiez être dépouillé par la prescription de dix ans, des terres de cet héritage qui sont situées sous la coutume de Blois, et conserver celles qui sont sous la coutume d'Orléans, de même que vous auriez pu disposer par vente ou par donation des unes en conservant les autres.

248. Les rentes foncières étant censées avoir la même situation que l'héritage ; si une rente foncière est à prendre sur un héritage dont les terres qui en dépendent sont situées sous différentes coutumes, la rente foncière sera censée avoir sa situation, pour raison des différentes parties de l'héritage sur lesquelles elle est à prendre, sous les différentes coutumes sous lesquelles les différentes parties dudit héritage sont situées, et en conséquence cette rente sera soumise à l'empire de ces différentes coutumes pour raison des différentes parties de l'héritage sur lesquelles elle est à prendre.— Par exemple, si quelqu'un demeurant en même province que vous, possède avec titre et bonne foi une rente foncière à vous appartenant, laquelle rente foncière est à prendre sur un héritage dont le tiers des terres est situé sous la coutume de Blois, et les deux autres tiers sous celle d'Orléans ; lorsque ce possesseur aura possédé votre rente pendant dix ans, il deviendra propriétaire de votre rente foncière sur les terres sur lesquelles elle est à prendre, qui sont situées sous

la coutume de Blois, qui admet la prescription de dix ans, et vous continuerez d'être propriétaire de la rente sur lesquelles elle est à prendre, qui sont situées sons la coutume d'Orléans, qui n'admet point d'autre prescription que celle de trente ans.

Mais comme deux personnes ne peuvent pas être propriétaires chacune pour le total d'une même chose, *Duo non possunt esse domini in solidum*, le domaine de cette rente se divisera nécessairement entre ce possesseur et vous, à proportion de la partie de l'héritage sur laquelle il a acquis la rente, et de la partie de l'héritage sur laquelle vous l'avez conservé ; c'est-à-dire que, dans notre hypothèse, il sera propriétaire de la rente pour un tiers, et vous demeurerez propriétaire pour les deux tiers.

Au moyen de cette division de la rente, les différentes parties de l'héritage qui avant la division étaient chargées chacune pour le total de la rente envers vous, sont déchargées de cette solidité ; les parties situées sous la coutume de Blois ne seront plus chargées que du tiers de la rente, et les autres ne seront plus chargées que des deux tiers.

Cette division a lieu lorsque le possesseur de la rente, après l'avoir acquise pour partie par la prescription, savoir pour la partie des terres situées sous la coutume de Blois, a été évincé depuis par vous du surplus de ladite rente sur les terres situées sous la coutume d'Orléans, qui y sont sujettes.

Mais lorsque le possesseur qui, ayant possédé la rente pendant trente ans entiers, a acquis la rente sur toutes les parties de l'héritage qui en est chargé, tant sur celles situées sous la coutume d'Orléans, que sur celles situées sous la coutume de Blois sujettes à la rente, et le possesseur des terres situées sous celle d'Orléans, sont des personnes différentes, pourront-elles, pour se défendre de la solidité de la rente, opposer au propriétaire de la rente, que celui de qui il l'a acquise n'en était pas le propriétaire, et n'a pu par conséquent lui en transférer la propriété ; qu'il n'en est devenu

propriétaire que par la prescription ; que ne l'étant devenu que successivement et par parties, il s'était fait une division de la rente lorsqu'il était devenu propriétaire de la rente sur les terres situées sous la coutume de Blois avant que de l'être devenu sur celles situées sous la coutume d'Orléans, laquelle division en avait détruit la solidité ?

Je ne pense pas que les débiteurs de la rente soient recevables dans ce moyen. Le possesseur d'une chose en est présumé de droit le propriétaire, tant que le véritable propriétaire ne la réclame pas, et ne justifie pas de son droit ; c'est pourquoi le possesseur de cette rente est présumé en avoir été le propriétaire pour le total, dès qu'il a commencé de la posséder. C'est de la part du débiteur de la rente exciper du droit d'autrui, que d'opposer que la rente appartenait à un autre sur qui le possesseur l'a acquise par la prescription ; or, personne n'est recevable à exciper du droit d'autrui (1).

251. Passons aux choses qui n'ont point de situation, telles que sont les rentes constituées et les meubles. Ces choses sont régies par la loi qui régit la personne de celui qui en est le propriétaire, c'est-à-dire, par la loi du lieu où est son domicile : c'est donc la loi de ce lieu qui en doit régler la prescription ; et le propriétaire ne peut être dépouillé des choses qui lui appartiennent, que par une loi à l'empire de laquelle il soit soumis.

253. De même que la prescription qui nous fait acquérir le domaine de propriéte des choses, se règle par la loi qui régit lesdites choses, pareillement la prescription qui nous fait acquérir l'affranchissement des droits réels que quelqu'un a sur notre héritage, doit se régler par la loi qui les régit ; ces droits réels étant censés avoir la même situation que celle de notre héritage sur lesquels ils sont à prendre et

(1) La nature de la rente foncière étant complétement changée, les diverses hypothèses que Pothier examine ici ne peuvent plus se présenter. (BUGNET).

qui en est chargé, ils sont régis par la loi du lieu où est situé notre héritage, et c'est la loi de ce lieu qui doit régler la prescription qui en fait acquérir l'affranchissement. Par exemple, si un Orléanais, propriétaire d'un héritage situé sous la coutume de Paris, l'a possédé pendant dix ans sans avoir connaissance d'une rente foncière dont ledit héritage était chargé envers un autre Orléanais, il aura acquis pour son héritage, par la prescription, l'affranchissement de cette rente ; car, quoique le propriétaire de cette rente eût son domicile sous la coutume d'Orléans, qui n'admet pas cette prescription de dix ans, néanmoins étant soumis par rapport à ses biens aux lois qui les régissent, qui sont celles des lieux où ils sont situés ou censés situés, il est, par rapport à la rente foncière qu'il avait sur mon héritage situé sous la coutume de Paris, soumis à cette coutume qui régit sa rente foncière qui y est censée située, et il en a été dépouillé par cette coutume, qui admet la prescription de dix ans.

254. Il y a plus de difficulté par rapport à l'affranchissement de l'hypothèque que le créancier d'une rente constituée à prix d'argent a pour sa rente sur un héritage. Est-ce la coutume qui régit l'héritage chargé de cet hypothèque, qui est celle du lieu de sa situation ; ou est-ce celle qui régit la rente, c'est-à-dire, celle du lieu où est le domicile du créancier, qui doit régler la prescription qui fait acquérir au propriétaire l'affranchissement de l'hypothèque ?

Pour résoudre cette question, il faut examiner quelle est la chose qui est l'objet de cette prescription. Ce n'est pas la rente elle-même qui est l'objet de cette prescription ; le créancier de la rente ne perd par cette prescription que l'hypothèque qu'il a pour sa rente sur l'héritage, mais cette prescription ne lui fait pas perdre sa rente : ce n'est donc pas la rente, c'est l'hypothèque que le créancier a pour sa rente sur l'héritage, qui fait l'objet de la prescription ; et par conséquent ce n'est pas la loi qui régit sa rente mais celle qui régit l'hypothèque que le créancier a sur l'héritage, qui doit régler cette prescription.

On dira peut-être que les hypothèques n'étant que des accessoires de la rente, c'est la loi qui régit la rente, c'est-à-dire, celle du lieu du domicile du créancier, qui doit être censée régir les hypothèques qui n'en sont que des accessoires ; que c'est donc la loi du lieu du domicile du créancier qui doit régler cette prescription, et non celle du lieu où est situé l'héritage hypothéqué à la rente.

Je réponds que, dans les cas auxquels les droits d'hypothèques qui sont les accessoires d'une rente, ne sont point considérés séparément de la rente, mais comme faisant un même tout avec la rente, la loi qui régit la rente est censée régir tout ce qui en dépend, et par conséquent les droits d'hypothèques qui en sont les accessoires. Par exemple, dans le cas d'une succession, la loi qui régit la rente, est censée régir pareillement tous les droits d'hypothèques qui en sont les accessoires, et elle transmet la rente avec tous les droits d'hypothèques qui en dépendent, à celui qu'elle appelle à la succession de cette rente, en quelque lieu que soient situés les héritages qui y sont hypothéqués.

Mais lorsqu'un droit d'hypothèque que le créancier d'une rente a pour cette rente sur quelque héritage, est considéré séparément de la rente, comme dans le cas de cette prescription, dont l'objet est de séparer de la rente le droit d'hypothèque que le créancier a sur un héritage pour sa rente, d'éteindre ce droit d'hypothèque en laissant subsister la rente ; en ce cas, ce n'est pas la loi qui régit la rente, qui doit régir le droit d'hypothèque que le créancier a sur un héritage pour cette rente ; ce droit doit être régi par une loi qui lui soit propre ; c'est la loi du lieu où est situé l'héritage, la loi qui régit l'héritage auquel le droit d'hypothèque est attaché.

Il en est de même de tous les autres droits d'hypothèques que des créanciers auraient sur mon héritage pour des créances mobilières, ou pour quelques autres espèces de créances que ce soit. Ce n'est pas la loi qui régit leurs créances, mais celle qui régit mon héritage auquel leurs droits d'hypothè-

ques sont attachés, qui doit régler la prescription qui m'en fait acquérir l'affranchissement (1).

---

* *Bouhier, sur Cout. de Bretagne, ch.* 35, *p.* 816. } *De la réalité des Loix qui sont exorbitantes du Droit commun, ou manifestement injustes.*

Il n'y a guere de maxime de Jurisprudence plus universellement reçue, que celle de la réalité des Coutumes qui sont contraires au Droit commun, et que les Jurisconsultes appellent exorbitantes. *Satis est quod Statutum exorbitans, aliquid, vel modicum ultrà Jus commune operetur, ut in residuo, quantùm fieri potest, restringatur.* C'est non-seulement l'avis de Dumoulin (2), mais encore celui de tous les autres Docteurs (3) qui ont traité cette matiere ; et ils en disent autant (4) de toutes les Loix qui contiennent une iniquité manifeste.

D'où ils tirent cette conclusion, qu'encore que les Coutumes doivent être étroitement observées dans leur cas, on ne doit néanmoins pas en faire d'extension à un autre cas, ni de personne à personne, ou de Coutume à Coutume. Ce qui est une nouvelle preuve incontestable de ce que j'ai dit et répété plusieurs fois, et dont on ne sauroit trop se souvenir, que les Loix romaines sont véritablement le Droit foncier et commun du Royaume, et que les Coutumes, au contraire, étoient appellées *haineux Droit*, comme je l'ai

(1) Tous ces raisonnements sont applicables à la prescription de l'hypothèque au profit du tiers détenteur. (Bugnet).

(2) Dumoulin, *in antiq. Cons. Paris.* § 8, *gl.* 1, *n.* 48, § 12, *n.* 1, *et* § 52, *gl.* 1, *n.* 9, *et ad tit.* 1, *lib.* 1, *Cod. Oper. tom.* 3, *pag.* 556, *edit.* 1681 ; *et in* Alex. *Cons.* 41, *n.* 7. *lib.* 5, *et in* Decii *Cons.* 358, *et in ejusd. Comment. in L.* 1, *Cod. de in Jus vocand.*

(3) Rolland à Valle, *de Lucr. dot. quæst.* 109, *n.* 5. Peckius, *in cap.* 15, *extr. de Reg. Jur. n.* 1, Ricard, *des Donat. part.* 1, *n.* 673. Challine, *Méth. pour l'intell. des Coutumes*, *p.* 62, *et seq. et p.* 138, Boullenois, *des Démiss. quest.* 6, p. 109 *et* 157.

(4) Dumoulin, *Not. in* Decium, *ad. L.* 40, *litt. G. D. Si cert. petat.*

observé ailleurs (1). Il ne me reste qu'à confirmer ce principe par quelques exemples, autres que ceux qui sont répandus dans les chapitres précédens ; car de les rapporter tous, cela me meneroit à l'infini.

Le premier qui se présente à mon esprit, est la prescription. Comme il n'y a guere de matiere où nos Coutumes s'écartent davantage du Droit romain, et où elles varient si fort entr'elles (2), on a demandé à quelle Coutume il falloit s'en rapporter, quand les débiteurs étoient domiciliés en des Coutumes différentes de celles des créanciers, ou quand leurs biens, sur lesquels on avoit des prétentions, étoient situés aussi sous différentes Coutumes ? Sur quoi on n'a jamais douté en notre Parlement, qu'à l'égard des actions personnelles, la prescription ne dût se régler par la Coutume du Défendeur ; et à l'égard des héritages et des actions réelles, par la Coutume du lieu de la situation des fonds.

Mais, comme à l'égard de la prescription des héritages et des actions réelles, la question a souffert quelque difficulté au Parlement de Paris ; Me Boullenois a fait sur cela une savante dissertation (3), où, après avoir rapporté, avec une extrême exactitude, les raisons des sentimens différens, il se détermine enfin très-judicieusement pour la réalité des Coutumes. Et c'étoit en effet anciennement l'opinion du Barreau de Paris (4), à laquelle il faut se tenir, suivant le principe que je viens d'établir, et qui est, à mon avis, la vraie raison de décider cette difficulté.

---

* *Boullenois, Dissert.,* 3e *question, p.* 66 *et s.* } Si toutes nos Coutumes étoient uniformes sur la prescription, c'est-à-dire, si elles admettoient toutes la prescription de dix, et

(1) Ci-dessus, chap. IV, n. 56.

(2) V. *Boullenois*, Diss. sur les Cout. quest. 3, p. 66.

(3) Boullenois, *Dissert. sur les Cout. quest.* 3, *p.* 66.

(4) Dumoulin, *ad tit.*1, *lib.*1, *Cod. Oper. tom.* 3, *p.* 557, *edit.* 1681. Challine, *Méth. pour l'intell. des Cout. p.* 291, Boucheul, *sur Poitou, art.* 372, *n.* 112.

vingt ans entre presens ou absens, il n'y auroit pas lieu à la question que nous avons à traiter ; la prescription étant la même partout, il nous suffiroit d'éxaminer s'il y a présence ou absence, et la Constitution de Justinien seroit notre guide en cette occasion.

Mais nos Coutumes sont très variées sur le sujet des prescriptions.

Les unes admettent la prescription de dix et vingt ans ; telle est la Coutume de Paris art. 113. et 114. et la plus grande partie des Coutumes.

Les autres n'admettent qu'une prescription de 30. ans, comme Orleans art. 260. et 261. Bourgogne art. 126. Berry, Auvergne, la Marche.

D'autres n'admettent qu'une prescription de 40. ans, Normandie art. 521. Bretagne.

Quelques-unes, comme Artois art. 72. éxigent 20. ans entre presens, et 30. ans entre absens.

D'autres veulent que la prescription courre contre les mineurs, et les communautez, Berry.

La Coutume de Sole n'admet art. 1. des Prescriptions, qu'une prescription de 41. ans.

Celle de Bayonne n'en reçoit qu'une de 7. ans, art. 1. tit. 3.

Enfin il y en a qui ont admis le tenement de cinq ans pour certaines rentes et hypoteques, comme Anjou art. 422. le Maine art. 437. Lodunois art. 1. des Prescriptions, Tours art. 208.

Or, il peut arriver que le proprietaire de l'héritage, ou le créancier hypotequaire, feront domiciliez dans une Province où la prescription de dix et vingt ans entre presens, aura lieu. Le Détempteur au contraire sera domicilié dans une autre, où il n'y aura qu'une prescription de trente ans ; et enfin l'héritage sera situé dans une Province où il faut quarante ans pour prescrire ; laquelle de ces trois Coutumes suivra-t'on ?

Dans cette espece quand il s'agira de fixer l'absence ou la presence, on ne regardera qu'au domicile des deux parties,

et par consequent étant domiciliées dans differens Bailliages, on dira qu'elles ont été absentes.

Mais pour sçavoir s'il y a lieu de considerer l'absence ou la presence, et si l'on est dans le cas d'admettre la prescription de 10 et 20 ans plutôt que celle de 30 ou 40 ; ou même celle de cinq ans, il faut déterminer si on suivra la Loi du domicile du créancier, ou du domicile du détempteur, ou de la situation de l'héritage, et suivant le parti qu'on prendra, la décision peut être totalement differente.

En effet si le créancier ou le proprietaire qui reclament l'héritage sont domiciliez dans une Coutume qui admet la prescription de dix et vingt ans, et qu'on se détermine par cette Coutume, cette sorte de prescription aura lieu, quoique le détempteur soit domicilié dans une Coutume qui n'admet qu'une prescription de trente ans, et que l'héritage soit situé dans un lieu où il en faut 40.

Mais si on considere la Loi de la Province du détempteur, il ne sera pas possible d'admettre d'autre prescription que celle de 30. ans.

Enfin, si l'on se détermine par la Coutume de la situation, il en faudra 40.

Or, quelle est de ces trois différentes Coutumes celle qui prévaudra ; voilà ce qui fait l'objet de notre Dissertation.

Il faut encore un coup oublier pour un moment la Loi de Justinien, parce que cette Loi présuppose une prescription uniforme de dix et vingt ans, par rapport à celui qui possede avec juste titre et bonne foi, et n'a déterminé que ce qui pouvoit fixer l'absence ou la presence.

Mais dans notre question il s'agit de définir quelle sorte de prescription aura lieu, sera-ce celle de dix ou vingt ans, celle de trente ou celle de quarante, et l'on voit de quelle importance la décision en doit être.

Ceux qui prétendent qu'il faut suivre la Loi du domicile du proprietaire qui reclame son héritage, ou du créancier qui agit pour la conservation de ses hypoteques, disent que la prescription n'étant qu'une exception pour repousser l'ac-

tion, soit du proprietaire, soit du créancier, on ne peut regler cette exception que par la Loi du domicile du Demandeur, étant de principe que les actions suivent le domicile de celui à qui elles appartiennent, parce qu'elles résident en sa personne.

Que cela est sans difficulté, par rapport aux actions pures personnelles, parce que cette sorte d'action *adhæret personæ, et ossibus.*

Mais que cela est encore vrai, par rapport aux autres actions; soit hypotequaires, soit pures réelles.

Quant aux premieres, étant mêlées de personnalité et de réalité, et à cause de ce appellées mixtes, la personnalité l'emporte, raison pour laquelle elles sont sujettes au droit de *Committimus.*

Que par rapport aux actions pures réelles, il y avoit lieu de décider la même chose, étant certain dans ce cas là même que le détempteur prescrit contre l'action en revendication : ainsi c'est toûjours contre une action que la prescription est opposée.

Or, les actions comme choses incorporelles, suivent le domicile de la personne, puisqu'elles sont attachées à la personne.

En effet, on ne peut prescrire qu'autant qu'on possede, et que conformément à la loi où l'on possede : *si ibi possident, ibi præscribunt*, dit Pallu sur la Coutume de Tours, art. 208. Or les actions étant attachées à la personne qui a droit de les exercer, il est certain qu'elles ne sont possedées que par le créancier, et que cette possession est dans le lieu de son domicile. Le détempteur à son égard possede l'héritage, mais non pas l'action.

Ainsi quand le détempteur excipe de la prescription, il l'emprunte de la Loi du domicile du créancier, c'est cette Loi qui le fait décheoir de son action.

Que les actions suivent le domicile du créancier, c'est ce qui ne sçauroit être révoqué en doute.

Charondas liv. 11. réponse 42. en rapporte un Arrêt du 7.

Mars 1598. qui l'a jugé ainsi ; et la raison qu'il en donne est que, *nomina debitorum adhærent personis creditorum*, ce qu'il appuye encore liv. 12. réponse 27.

M. Louet, et M. Brodeau, lettre R. som. 31. établissent la même maxime par une très grande quantité d'Arrêts.

M. le Prêtre en ses Arrêts célèbres, en rapporte un autre du 10. Février 1608. cent. 3. ch. 57.

Soëfve en cite un semblable du 3 Décembre 1655. t. 2. cent. premiere, chap. 3.

Aussi plusieurs de nos Auteurs estiment que l'absence ou la présence se réglent suivant le domicile du créancier : Ricard en rapporte un Arrest du 12 Juillet 1659. en ses nottes sur Paris, lequel est pareillement cité par M. le Maître en son Commentaire sur la même Coutume.

Au contraire, ceux qui prétendent que pour régler la prescription qui peut être opposée de la part du Détempteur, il faut se fixer à la Loi du domicile du Détempteur, disent que la prescription ne peut estre opposée que par celui qui a possedé ; c'est au possesseur que toutes nos Coutumes ont réservé ce moyen de prescription.

Cette possession doit même estre accompagnée d'un juste titre et de bonne foi.

C'est ce qui fait connoître que l'exception de la prescription est attachée à la personne qui est en bonne foi.

Ainsi, c'est le domicile du Détempteur qu'il faut considérer, et c'est la Loi de ce domicile qui détermine quelle sorte de prescription le Détempteur peut opposer.

Il est certain d'abord que l'on ne peut pas se régler par la Loi de la situation de l'héritage, la Loi derniere au C. *de prescript. longi temporis* ci-dessus citée le dit positivement, et veut qu'on ne considere que le domicile des Parties ; ainsi il faut écarter la Loi de la situation.

Godefroy, sur la Loi qui vient d'estre citée, nous a donné cette notte : *In præscriptione non habetur ratio situs rerum.*

Joannes Faber sur le §. premier num. 11. et 12. Instit. *de*

usucapionibus, le marque précisément : *Lex finalis solummodo domicilia notat*, *non locum rei contentiosæ*.

Carondas, Brodeau, et Ricard sur l'article 116. décident la même chose, et c'est l'avis de tous nos Auteurs.

Mais, s'il faut écarter la Loi de la situation, peut-on recourir à d'autres Lois qu'à celles du domicile de l'Acquereur, et ce parti est appuyé sur deux raisons.

La premiere, que l'action en déclaration d'hipoteque, ou en révendication est un droit incorporel qui regarde premierement la personne du possesseur, et ne retombe que *secundario* sur la chose ; d'où il suit par une conséquence juste que quand il faut décider s'il y a prescription, ou de la proprieté d'un héritage, ou d'une hipoteque, il ne faut considerer que le domicile du possesseur, et non la situation de l'héritage.

C'est ce que remarque l'Empereur Justinien en ces termes : *Quid enim prodest in ipsâ Provinciâ esse possessionem*, *an in aliâ cum jus vindicationis incorporale est.*

La seconde raison est, que la prescription ne réside pas dans l'héritage, mais dans les personnes qui le possedent ; ce n'est pas l'héritage qui a prescrit, c'est le possesseur.

Ainsi la prescription étant une exception du possesseur, et la Loi de la situation n'étant point à considérer, on ne peut se déterminer que par la Loi du domicile du possesseur. C'est ce qui a été jugé par un Arrest du 28 Juin 1682. rapporté dans le quatriéme tome du Journal des Audiences, Liv. 5. ch. 20. dont il est nécessaire d'expliquer l'espece.

Hache, demeurant dans le Boullenois, déceda en 1656. et laissa plusieurs enfans.

Pendant son mariage, et en 1631. il avoit aliené à Marie Heurteur douze mesures de terre des héritages situés dans la Coutume de Calais.

Les enfants de Hache aïant renoncé à la succession de leur pere, et s'étant déclarez doüairiers, assignerent en 1669. les enfants de Marie Heurteur propriétaires, pour se désister

de ces douze mesures de terre qui leur appartenoient pour leur doüaire.

Les Défendeurs soûtenoient les Haches non recevables, et prétendoient avoir acquis prescription, suivant la Coutume de Calais, lieu de la situation des 12. mesures, laquelle en l'article 205. porte :

" Que quiconque a joüi d'un héritage pendant dix ans
" entre presens avec titre et bonne foi, a acquis toute pre-
" scription.

Que les Haches et eux étoient demeurants dans le Boullenois, et qu'ainsi comme Acquéreurs ils avoient joüi pendant treize à quatorze ans avec titre et bonne foi, le doüaire étant ouvert en 1656. et l'action n'ayant été intentée qu'en 1669.

Les Haches soûtenoient au contraire, que toutes les Parties, c'est-à-dire, eux et les héritiers de Marie Heurteur, étant demeurans dans le Boullenois, et s'agissant de prescription, il falloit suivre la Coutume du Boullenois, domicile de toutes les Parties, que c'étoit elle qui devoit régler la prescription, et non pas celle de Calais où étoit situé l'héritage, quoique leur action fût afin de désistement de cet héritage.

Que la Coutume de Boullenois, art. 221. n'admettoit qu'une prescription de vingt ans, avec titre et bonne foi ; qu'ainsi ils étoient dans le tems d'agir, et que les héritiers de Marie Heurteur n'ayant pas possedé vingt ans depuis leur action ouverte, ils n'avoient pas acquis prescription.

Le Juge de Calais rendit sa Sentence, par laquelle il condamna les héritiers de Marie Heurteur à se désister des 12 mesures de terre.

Ces héritiers interjetterent appel de cette Sentence, et par Arrêt rendu au Rapport de M. Lottin de Charni, elle fut confirmée après un partage.

Ainsi il fut jugé par cet Arrest, que pour regler quelle sorte de prescription devoit avoir lieu, il falloit suivre la Coutume du domicile de l'Acquereur, qui étoit celle de Boulogne, qui désiroit vingt ans pour prescrire, et non celle de Calais, où étoit situé l'héritage, qui n'en requéroit que dix.

En vain opposeroit-on l'Arrêt du 21 Février 1609. rapporté par Tronçon, sur l'article 113. de la Coutume de Paris, et par Mornac, sur la Loi 7. ff. *quemadmodum servit. amit.* par lequel ces deux Auteurs prétendent qu'il a été jugé dans la Coutume d'Anjou que le tenement de cinq ans qui emporte prescription courroit contre les absens de la Province, ainsi que contre les présens ; et cela fondé sur ce qu'il falloit suivre la Coutume d'Anjou, où étoit situé l'héritege.

En vain, dit-on, on opposeroit cet Arrest ; parce qu'ayant été communiqué lors de celui intervenu le 16 Décembre 1650. rapporté au Journal des Audiences, et dont sera parlé ci-après ; l'Avocat observa que par icelui on ne voyoit pas l'état de la contestation, qu'on voyoit seulement que la Cour avoit infirmé une sentence des Requêtes du Palais, qui avoit débouté un Demandeur en interruption, sans qu'il apparût dans quelle Coutume il avoit été rendu : " Que ç'avoit été " Mornac qui le premier avoit observé que le particulier de " cet Arrêt étoit, que la Cour avoit jugé le tenement de cinq " ans n'avoir pût commencer son cours, sinon du jour de la " réduction de Paris, et l'amnistie accordée au Duc de Mer- " cœur en 1598.

Que d'ailleurs, supposé qu'il ait été jugé par cet Arrest que la prescription, ou le tenement de cinq ans établi par les Coutumes d'Anjou, Tourraine, Maine et Lodunois, court contre les absens, ainsi que contre les présens ; c'est apparamment que le Détempteur étoit domicilié dans ces Coutumes : Mais il n'est point dit que la Cour l'ait ainsi jugé par rapport à la situation de l'héritage ; et l'on ne peut présumer autre chose, sinon que le possesseur en faveur de qui l'Arrêt fut rendu étant domicilié en l'une de ces Coutumes, ç'a été par rapport à sa personne que la Cour a ordonné la prescription, à cause de sa possession de cinq ans.

Que ce qui prouve encore mieux cette présomption, est que celui contre qui la possession fut jugée étoit absent, c'est-à-dire, domicilié en une autre Province que celle où demeuroit le possesseur.

[ARTICLE 2189.]

Qu'il est vrai que par l'Arrest du 16 Décembre 1650. la même chose a été jugée ; mais l'avis de Chopin et de Dupineau est directement au contraire.

Enfin, il y a un troisiéme avis ; et c'est celui qui paroît le plus conforme aux principes, qui est qu'il faut suivre la Loi de la situation.

En effet, que la demande soit en révendication d'héritage, ou qu'elle soit en déclaration d'hypoteque ; on ne peut pas douter qu'il ne faille se régler par la Loi de la situation, s'il est vrai que cette demande soit réelle, et n'ait pour objet que l'héritage.

L'Empereur Justinien en ses Institutes, liv. 4. tit. 6. *de actionibus*, donne pour premiere division des actions, celle qui est *in rem*, et celle qui est *in personam :* Voici ses paroles. *Omnium autem actionum quibus inter aliquos, apud Judices, Arbitrosve, de quâcumque re quæritur, summa diviso in duo genera ducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam.*

Il prouve cette division par les raisons que voici. *Namque agit unusquisque, aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio ; quo casu proditæ sunt actiones in personam per quas intendit, adversarium ei dari, aut facere oportere, et aliis quibusdam modis :* Voilà la premiere action qui est *in personam.*

Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliquâ re controversiam, quo casu proditæ actiones in rem ; veluti si quis possideat rem corporalem quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus esse dicat ; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est : Voilà la seconde qui est *in rem.*

On sçait que les Romains avoient un grand nombre de formules pour les actions ; ces formules étoient écrites dans un tableau public en l'Auditoire du Préteur : Ceux qui avoient des demandes à diriger alloient consulter ce tableau, et choisissoient la formule dont ils prétendoient user contre leurs Parties.

Or, de ces formules il y en avoit qu'ils appelloient *civiles*

quæ ex Legibus, Senatus Consultis, Plebiscitis, principum constitutionibus, et prudentum responsis proditæ, seu introductæ sunt.

Et d'autres, qu'ils appelloient *Prætoriæ, quas Prætor ex suâ Jurisdictione comparatas habet.*

Entre ces actions du Préteur, il y en avoit qui étoient accordées aux créanciers pour poursuivre leurs gages et leurs hypoteques ; cette action étoit appellée, *quasi serviana quâ creditores pignora, hypotecasve persequuntur ;* et celle-ci étoit pareillement mise au nombre des actions *in rem*, parce qu'elle étoit dirigée à cause de la chose hypotequée contre celui qui ne nous étoit pas obligé, mais qui étoit en possession de la chose qui nous avoit été donnée par hypoteque. La Loi *Pignoris* au ff. et la Loi *Pignoris* au C. *de Pign.* y sont précises : *Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori, pignoris vel hypotecæ persecutio, in rem est.*

C'est en conformité de ces principes que Burgundus Tract. 3° *de statutis* n. 3. dit que l'action réelle est celle, *quæ datur contra eum qui nullo jure obligatus est :* et quelques lignes plus bas, *sed quæ de re aliquâ movetur adversus eum, qui neque ex contractu, nec ex maleficio obligatus est.*

C'est pourquoi dans les Coutumes qui n'admettent qu'une seule prescription de 30 ans. Ragueau sur l'art. premier du tit. 12. des prescriptions de la Coutume de Berry observe que, *hac in re sublata est differentia actionum in rem, et in personam, quandoquidem omnes triennio tantum tolluntur ; jure Romano autem actio in rem, usu longi temporis, id est decem, vel viginti annis perimebatur.*

Mais de tous nos Auteurs François, celui qui a le plus approfondi les actions réelles, est constamment Loiseau en son Traité du déguerpissement liv. 2. ch. 1. il faut l'entendre sur cette matiere.

" Il y a, dit-il, des conventions qui regardent et obligent
" les personnes, d'autres qui concernent et obligent *les choses.*
Lex autem prædiis intelligitur : " Quand on leur impose et
" imprime quelque qualité et condition qui les affecte en

" eux-mêmes, et leur demeure permanente, en quelques " mains qu'ils puissent passer.

Or pour toutes ces différentes conventions, il y a deux actions personnelles et réelles.

" Les actions personnelles sont distinguées d'avec les " réelles par deux marques infaillibles, et différences spéci- " fiques : l'une, concernant le sujet et la matiere ; l'autre, " leur forme et conclusion.

" Quant au sujet où résident les actions, les personnelles " suivent entierement les personnes obligées ; *ejusque ossi-* " *bus adhærent ut lepra cuti.*

" Mais les actions réelles suivent entierement la chose en " quelques mains qu'elles passent ; de sorte qu'étant alienées " par celui qui a fait le Contrat, elles laissent là la personne " et s'attachent à la chose, et pareillement le Contractant " étant mort, elles ne passent pas en son héritier en tant " qu'héritier, mais seulement tout ainsi qu'en un étranger, " en tant qu'il est Détempteur de la chose.

Pour la forme et conclusion, ces actions sont aussi fort différentes, car aux personnelles " on conclut directement " contre la personne obligée à ce qu'elle soit condamnée *ad* " *dandum, vel faciendum quod petitur.*

Aux actions réelles la vraye conclusion est contre la chose, " à ce qu'elle soit déclarée appartenir ou bien estre affectée " et hypotequée au Demandeur, et quoi qu'on ajoûte volon- " tiers aux actions réelles une conclusion seconde, qui se " dirige contre la personne, *et en ce faisant*, que le Défendeur " soit condamné de se désister et départir de l'héritage, ou " le délaisser par hypoteque ; cette partie de la conclusion " est l'exécution accumulée de la premiere demande, et non " la vraye conclusion."

Or, Loiseau distingue trois sortes d'actions hypotéquaires : La pure action hypotéquaire de droit, qui a lieu contre le tiers-Détempteur, après discussion du principal obligé.

La simple déclaration d'hypoteque, autrement dite inter-

ruption, qui a lieu contre le même tiers-Détempteur avant toute discussion.

Et enfin l'action personnelle et hypotéquaire, qui a lieu contre l'héritier bientenant, et contre la femme Détemptrice des héritages de la communauté.

Comme la question de notre titre ne concerne que le tiers-Détempteur, qui n'est obligé *ex ullo contractu ;* et par conséquent contre lequel l'action personnelle hypotéquaire, ne sçauroit avoir lieu ; il faut examiner ce que dit Loiseau par rapport aux deux autres actions.

Quant à l'action en déclaration d'hypoteque qu'il appelle autrement action en interruption. " On ne conclut pas, dit-
" il, au payement de la dette, ni au délaissement de l'héri-
" tage, mais à ce qu'il soit déclaré affecté et hypothéqué à
" la dette.

Quant à l'action qu'il appelle pure hypotéquaire, il observe qu'en même temps qu'on conclut, à ce que la chose soit déclarée affectée et hypotequée à la dette, on demande encore,
" que le Détempteur d'icelle soit condamné à la délaisser
" par hypoteque au créancier."

Il observe que comme le Détempteur a toujours la faculté de payer la créance pour se liberer de l'action, suivant la Loi *Paulus ff. quibus modis pignus, vel hypoteca solvitur* :
" Aucuns ont été à cette occasion si scrupuleux, qu'ils ont
" pensé qu'en formant la demande contre un tiers-Détemp-
" teur, il falloit lui réserver cette faculté que la loi lui donne,
" de s'exempter du délaissement en payant la dette ; et par-
" tant qu'il falloit conclure conditionellement contre lui à
" délaisser la chose, si mieux n'aimoit payer ; mais que la
" vérité est, que pour bien former le libelle de cette action,
" il ne doit pas être alternatif, que l'expression de l'alterna-
" tive ne nuit en rien, mais aussi qu'elle n'est pas nécessaire."

" Que par la succession des temps on avoit préposté et
" renversé les deux parties de cette alternative ; et on a con-
" clu à ce que le Détempteur fût condamné hypotequaire-

" ment à payer la dette, ou à tout le moins à délaisser l'hé-
" ritage par hypoteque."

" Qu'en toutes ces manieres de conclusions, il faut aider à
" la lettre, et les présupposer telles qu'elles doivent être,
" plûtôt que s'arrêter à impugner et débattre la formule du
" libelle."

De tous ces principes il résulte, que lorsque l'on forme une demande contre un tiers-Détempteur, soit afin de révendication de l'héritage, soit afin d'hypoteque, cette demande est pure réelle, dirigée *primario et principaliter*, contre l'héritage que le Demandeur prétend lui appartenir, ou qu'il prétend lui être hypotequé.

De-là il en faut conclurre que c'est l'héritage qui se défend par la bouche et par l'organe du Détempteur.

Or, d'où l'héritage peut-il emprunter ses deffenses, si ce n'est de la Loi, dans l'étenduë de laquelle il est situé, et sous la protection de laquelle il est placé.

C'est la décision de Voët, *de statut. sect.* 9. *cap.* 1°. *num.* 2. *Quid de nominibus, et actionibus statuendum erit : Respondeo quia propriè loquendo nec mobilium, nec immobilium veniunt appellatione, etiam verè non sunt in loco, quia incorporalia ; ideo non sine distinctione res temperari poterit, aut igitur realis erit actio tendens ad immobile, et spectabitur statutum loci situs immobilium.*

Dans l'action, soit en révendication, soit en déclaration d'hypoteque, et action pure hypotequaire, il est certain que l'action tend, *ad immobilia* ; cela ne fait pas de difficulté dans celle en révendication ; cela n'en sçauroit faire dans les actions pour la poursuite des hypoteques ou charges réelles ; puisque, comme on vient de l'observer, on ne peut dans l'exécution exiger du Détempteur que le déguerpissement ou le délaissement de l'héritage.

Pallu sur l'article 208 de la Coutume de Troyes rapporte un Arrêt, qu'il dit avoir précisément jugé la question en date du 29 Août 1609.

---

* *I Boullenois, Traité de la personnalité des statuts, Observ.* 20, *p.* 364-5, *et Observ.* 23, *p.* 528 *à* 530. } MMes Berroyer et de Laurriere dans les Notes qu'ils nous ont données sur M. Duplessis, *tit. des prescript. liv.* 1, *ch.* 1, *in fine*, croient, à leur égard, que l'avis de ceux qui décident pour suivre la Loi du débiteur, est la plus sûre, parce que l'action doit être intentée au domicile du débiteur, de sorte que quand il n'est pas inquiété, il prescrit cette action suivant sa Coutume, sa personne est libérée aux termes de sa Coutume, qui est la seule qui puisse statuer sur sa personne ; aussi concluent-ils qu'il faut tenir positivement que la prescription contre les actions personnelles, doit être réglée par la Coutume du débiteur, et non point par celle du créancier.

Me Ch. du Molin que nous avons cité ci-devant, nous dit bien que les actions réelles suivent la Loi de la situation des choses, et qu'il n'en est pas de même des actions personnelles ; mais il ne décide pas le combat d'entre la Loi du créancier et celle du débiteur.

Pour moi dans la These générale, et lorsque le paiement n'est fixé dans aucun lieu particulier, je me range du parti de MMes Berroyer et de Laurriere, et j'estime qu'il faut suivre le domicile du débiteur, parce que, 1° c'est au domicile du débiteur qu'il faut se pourvoir. Voyez Bornier sur Ranchin, *verbo solutio, art.* 26, *concl.* 334. 2° Parce que de la même maniere que dans l'action réelle, c'est le fonds qui se défend, et qui invoque à son secours la Loi où il est situé, de même dans l'action personnelle, c'est la personne qui se défend et qui invoque la loi de son domicile. C'est pareillement l'avis de M. le P. Bouhier, *ch.* 35, *n.* 3. On a demandé, dit-il, à quelle Coutume il falloit s'en rapporter, quand les débiteurs étoient domiciliés en des Coutumes différentes de celles des créanciers, sur quoi on n'a jamais douté en notre Parlement, qu'à l'égard des actions personnelles, la prescription ne dût se régler par la Coutume du défendeur.

La difficulté n'est donc que quand on veut saisir directement, et de plein saut les immeubles. Or, c'est pour lors qu'il

est nécessaire de savoir quelle est la Loi qu'il faut suivre : sera-ce celle où le contrat a été passé ? sera-ce celle du domicile du débiteur ? sera-ce celle de la situation de l'héritage ?

Par tout ce que nous venons de dire, il est facile de voir que ce ne peut pas être celle du lieu d'où le titre est émané, non plus que celle du domicile du débiteur, puisque l'on suppose que l'héritage n'y est pas situé, et que par conséquent l'exécution du titre ne se fait, ni dans l'un, ni dans l'autre endroit ; ce ne peut donc être que celle de la situation de l'héritage, puisque c'est l'héritage que l'on saisit, et que c'est par conséquent le lieu de l'exécution.

On peut ajouter à cela que la nécessité de discuter le mobilier, avant que de se venger sur l'héritage, est une disposition réelle qu'il faut remplir avant que de se venger sur les immeubles.

L'héritage, comme dans le cas de la demande en déclaration d'hypotheque, a droit de se défendre et de se maintenir entre les mains de celui qui en est propriétaire, jusqu'à ce que le créancier, par une discussion du mobilier, ait constaté qu'il ne peut être payé que sur les immeubles, et cela encore que le domicile du débiteur fût en Coutume qui n'exige aucune discussion.

Mais ce principe, que lorsqu'il s'agit de mettre à exécution des contrats, il faut suivre la Loi de la situation où se fait l'exécution, doit être entendu avec certaines précautions, et il faut craindre de prendre pour un mode d'exécuter, ce qui n'en est pas effectivement. Par exemple, Balde sur la Loi premiere, quest. 4, C. *ne filius pro patre*, propose deux especes qui paroissent assez semblables, et qu'il décide néanmoins différemment : *dicit Statutum, instrumenta, ubi est præceptum Garentigiæ, mandentur executioni viso instrumento, et citatione non præmissa : numquid habet locum in instrumentis factis extra territorium ?* Voilà la premiere espece. Voici la seconde. *Quid si in loco executionis nulla potest opponi exceptio, quantumcumque peremptoria, numquid, si instrumentum est factum extra territorium, poterit opponi exceptio ?* Ces

deux especes paroissent susceptibles de la même décision. Il s'agit, dans l'une et l'autre espece, d'exécution de titre. Dans la premiere espece, le titre s'exécute à la seule inspection, et sans citation préalable. Dans la seconde, il s'exécute sans admettre aucune exception, quelque péremptoire qu'elle soit. Cependant Balde ne les décide pas de la même maniere. Quant à la premiere espece, il dit d'abord, par forme de doute, qu'il ne paroîtroit pas que le titre dût être exécuté sans citation, et à la seule inspection. Il décide néanmoins le contraire. *Tu dic è contra ; quia procedere, ordine prætermisso, est quidam ordo irregularis, nam ordo est non servare ordinem in talibus, sed quantum ad ordinem, inspicimus locum judicii, sive loquamur de ordine processûs, sive de ordine executionis.* Ainsi, dans cette premiere espece, Balde décide pour la Loi où se fait l'exécution ; et quant à la seconde, il décide que l'exception péremptoire peut être reçue, *quia hoc pertinet ad decisionem cause ;* et ainsi il décide contre la Loi où se fait l'exécution. *Respondeo sic, quia hoc pertinet ad decisionem causæ, et ideo inspicimus locum in quo sit contractus.*

Ces deux décisions différentes sont fondées sur une distinction où le Statut ne dispose que de la simple exécution, *de mero modo procedendi*, et l'on suit la Loi où l'on procede par exécution, *tangendo meritum causæ, ut puta, impediendo oppositionem exceptionem etiam peremptoriarum*, et pour lors *non attenditur locus executionis.*

Je trouve dans Gottlieb Gerhard Titius, en son Traité *de Conflictu Statutorum*, une distinction toute semblable. Il propose la question dans une Coutume où la prescription a lieu contre le titre, lorsque le créancier n'a point agi dans un certain temps, et il blâme fort une Sentence rendue en Frise, où l'on avoit jugé qu'un contrat passé en Hollande, où telle prescription n'a pas lieu, ne pouvoit plus être exécutée en Frise, après deux années de silence et d'inaction de la part du créancier, et il fonde sa critique sur ce que le temps d'agir, pendant l'exécution d'un contrat, plus, ou moins long,

non tangit modum simplicem procedendi, sed tangit meritum causæ, et que la prescription tendant à détruire et anéantir un contrat, c'est la Loi du lieu où il a été passé, qu'il faut considérer. *Nam*, dit-il, *præscriptio utique ad contractum et merita causæ pertinet, non ad processum. Creditori enim in Hollandia, jus constans præscriptionis biennii non elidendum erat*.........

Je ne saurois ne pas adopter le principe de Gerhard Titius ; mais je ne puis adopter l'application qu'il en fait dans le cas de la prescription.

En effet, quand on excipe de la prescription, on n'attaque pas le contrat en lui-même ; on le reconnoît bon et valable dans son principe et dans son essence ; mais on soutient seulement que le créancier ne vient pas dans le temps prescrit par la Loi du débiteur, ce qui ne donne pas atteinte au titre en lui-même, mais à l'action qui est un nouvel acte, et qui ne concerne que *modum procedendi.* En vain diroit-on que la prescription est *exceptia peremptoria*, et que, selon la décision de Balde, *exceptio peremptoria pertinet ad decisionem causæ* ; il faut entendre cela d'une exception péremptoire, qui tomberoit sur le contrat, au lieu que dans l'espece, l'exception ne tombe que sur l'action et la procédure intentée.

2190. [En matière de biens-meubles et d'actions personnelles, même en matière de lettres de change et de billets promissoires, et en affaires de commerce en général, l'on peut invoquer séparément ou cumulativement :

1. La prescription entièrement acquise sous une loi différente lorsque

2190. [As regards moveable property and personal actions, even in matters of bills of exchange and promissory notes and commercial matters in general, one or more of the following prescriptions may be invoked :

1. Any prescription entirely acquired under a foreign law, when the

[ARTICLE 2190.]

la cause d'action n'a pas pris naissance dans le Bas-Canada, ou que la dette n'y a pas été stipulée payable, et lorsque cette prescription a été ainsi acquise avant que le possesseur ou le débiteur y ait eu son domicile ;

2. La prescription entièrement acquise dans le Bas-Canada, à compter de l'échéance de l'obligation, lorsque la cause d'action y a pris naissance ou que la dette y a été stipulée payable, ou que le débiteur y avait son domicile à l'époque de cette échéance ; et dans les autres cas à compter de l'acquisition de ce domicile par le débiteur ou le possesseur ;

3. La prescription résultant de temps successifs écoulés dans les cas des deux paragraphes précédents, lorsque le temps écoulé sous la loi différente a précédé.]

cause of action did not arise or the debt was not stipulated to be paid in Lower Canada, and such prescription has been so acquired before the possessor or the debtor had his domicile therein ;

2. Any prescription entirely acquired in Lower Canada, reckoning from the date of the maturity of the obligation, when the cause of action arose or the debt was stipulated to be paid therein, or the debtor had his domicile therein at the time of such maturity ; and in other cases from the time when the debtor or possessor becomes domiciled therein ;

3. Any prescription resulting from the lapse of successive periods in the cases of the two preceding paragraphs, when the first period elapsed under the foreign law.]

De Bellefeuille, sur art. 2190. } Jurisp.—1. The English statute of limitation is a good *exception péremptoire perpétuelle* in an action for the recovery of a debt contracted in London.—Hogan vs Wilson III R. de L., 197.

[ARTICLE 2191.]

2. Les tribunaux de cette province ne peuvent pas prendre judiciairement connaissance d'un statut de limitation ayant force de loi dans un pays étranger, mais il faut que la preuve en soit faite avant qu'ils puissent décider de la nature et des effets de ce statut. — Adams & Worden, VI L. C. R., 237.

3. La prescription d'un billet promissoire fait à l'étranger, et payable là, doit être gouvernée par la *lex fori*, et non par la *lex loci contractûs.*—Wilson vs Demers, X. L. C. J., 261.

4. Where a promissory note was made in a foreign country, and payable there, and the debtor about the time of the maturity of the note absconded from his domicile in such foreign country, and came to Lower Canada, and his domicile was discovered by the creditor, after diligent search, only about the time of the institution of the action, and it appeared that under these circumstances the plaintiff's recourse on the note would not be barred by the statute of limitations of the foreign country where the note was made, and where it was payable :—*Held* that the action was not barred by the statutory limitation of Lower Canada, though more than five years had elapsed after the maturity of the note before the action was brought.—Wilson & Demers, XIV L. C. J., 317.

5. The prescription of a promissory note made in a foreign country and payable there is to be governed by the *lex fori* and not by the *lex loci contractûs.* — Hillsburgh vs Mayer, XVIII L. C. J., 69.

2191. [Les prescriptions qui ont commencé à courir sous l'empire des lois du Bas-Canada sont parachevées conformément aux mêmes lois, sans préjudice à invoquer celles qui s'é-

2191. [Prescriptions commenced according to the law of Lower Canada, are completed according to the same law, without prejudice to the right of invoking those acquired

taient auparavant accomplies sous une loi différente, ou les temps combinés d'après l'une et l'autre loi, conformément à l'article qui précède.]

previously under a foreign law, or by a union of periods under both laws, conformably to the preceding article.]

CHAPITRE DEUXIÈME.

DE LA POSSESSION.

2192. La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

CHAPTER SECOND.

OF POSSESSION.

2192. Possession is the detention or enjoyment of a thing or of a right, which a person holds or exercises himself, or which is held or exercised in his name by another.

* *C. N.* 2228. } La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Possession*, *n*° 1 *à* 16, 37, 49-63. } 1. Le jurisconsulte Paul définit ainsi la *posssession* : *Possessio appellata est à sedibus* (1) *quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Græci* KATOXEN *appellant.* (2)

(1) C'est la leçon florentine. La Vulgate porte, *à pedibus, quasi pedum positio.* (Note de l'édition de 1772.) (BUGNET.)

(2) Quelques interprètes donnent une autre explication ; ils trouvent l'origine du mot *possession* dans le verbe *posse*, parce que l'on a en sa possession ce que l'on a sous la main, à sa disposition ou en son pouvoir. (BUGNET.)

On peut la définir la détention d'une chose corporelle que nous tenons en notre puissance, ou par nous-mêmes, ou par quelqu'un qui la tient pour nous et en notre nom.

2. La possession est un fait, plutôt qu'un droit dans la chose qu'on possède. Un usurpateur a véritablement la possession de la chose dont il s'est emparé injustement ; il est néanmoins évident qu'il n'a aucun droit dans cette chose.

3. Quoique la possession ne soit pas un droit dans la chose, elle donne néanmoins au possesseur plusieurs droits par rapport à la chose qu'il possède.

1° Elle l'en fait réputer le propriétaire, tant que le véritable propriétaire ne se fait pas connaître, et ne la réclame pas.

2° La possession donne au possesseur des actions pour s'y faire maintenir, lorsqu'il y est troublé ; ou pour se la faire restituer, lorsqu'il en a été dépouillé.

Nous traiterons de ces actions au sixième chapitre.

Ces deux effets de la possession sont communs à la possession qui procède d'un juste titre, et à celle qui est destituée de titre ; à celle qui est de mauvaise foi, comme à celle qui est de bonne foi.

Un troisième effet de la possession, qui est particulier à celle qui procède d'un juste titre, et est de bonne foi, est qu'elle fait acquérir au possesseur, au bout d'un certain temps qu'elle a duré, le domaine de la chose qu'il possède : c'est ce qu'on appelle le *droit d'usucapion* ou *prescription*, dont nous traiterons dans un traité qui doit suivre celui-ci.

4. Les jurisconsultes romains avaient élevé sur la nature de la possession, cette question, si deux personnes pouvaient avoir quelquefois chacune pour le total la possession d'une même chose ?

On convenait que c'était un principe pris dans la nature des choses, que deux personnes ne pouvaient pas avoir chacune pour le total la possession d'une même chose : *Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt : contra natu-*

ram quippe est, ut quum ego aliquid teneam, tu quoque id possidere videaris : L. 3, § 5, ff, *de Acquir. poss.*

Mais les Sabiniens pensaient que ce principe était susceptible d'une distinction. Ils convenaient bien que deux personnes ne pouvaient avoir chacune pour le total la même espèce de possession d'une même chose. C'est ce qu'enseigne Julien, qui était de leur école : *Dico in solidum precario non magis possunt, quàm duo in solidum vi possidere aut clàm ; nam neque justæ, neque injustæ possessiones duæ concurrere possunt ;* L. 19, ff. *de Precar.*

Mais les jurisconsultes de cette école pensaient qu'une personne pourrait paraître avoir *in solidum* la juste possession d'une même chose, en même temps que celui qui l'en avait dépouillé, avait *in solidum* la possession injuste de cette même chose (1) : pareillement, que celui qui avait donné à quelqu'un à titre de précaire, la possession de sa chose, pouvait paraître avoir *in solidum* la possession civile de cette chose, en même temps que celui à qui il l'avait donnée à ce titre avait *in solidum* la possession précaire de cette même chose.

Les Proculéiens pensaient plus sainement, et plus conformément à la nature des choses, que le principe " que deux personnes ne peuvent avoir chacune pour le total la possession d'une même chose," n'était susceptible d'aucune distinction ; que, pendant que l'usurpateur avait la possession injuste de la chose qu'il avait usurpée, la personne qui en avait été dépouillée n'en pouvait conserver aucune possession : pareillement, que celui qui avait donné à quelqu'un à titre de précaire la possession d'une chose, n'en conservait aucune possession pendant que durait la possession précaire de celui à qui il l'avait donnée à ce titre : *Sabinus scribit, eam qui precario dederit et ipsum possidere, et eum qui precario rogaverit : idem Trebatius probavit existimans posse alium justè, alium injustè possidere, duos injustè, vel duos justè non*

(1) C'est ce qui a lieu chez nous au cas de spoliation : dans l'année qui suit cette spoliation, le spoliateur a la détention de la chose, et le spolié est considéré en droit comme possédant encore. (BUGNET.)

posse : quam Labeo (1) *reprehendit, quoniam in summâ* (2) *possessionis non multum interest justè quis an injustè possideat.*

Ce sentiment des Proculéiens a prévalu ; car Paul ajoute tout de suite : *Quod est verius ; non enim magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, vel in quo sedeo, tu sedere videaris* ; *eâd.* L. 3, § 5.

Deux personnes ne peuvent pas à la vérité posséder chacune séparément pour le total une même chose, mais deux personnes qui possèdent en commun une chose, lorsque cette chose est indivisible, la possèdent conjointement, chacune pour le total ; car elles ne peuvent pas posséder pour partie une chose qui étant indivisible, n'en est pas susceptible.

Par exemple, lorsque deux personnes possèdent en commun une maison qui a un droit de servitude sur la maison voisine ; ce droit étant une chose indivisible, chacune d'elles possède pour le total, non séparément, mais en commun, ce droit de servitude.

5. Dans ce que nous avons dit, " que deux personnes ne peuvent pas avoir la possession d'une chose chacune pour le total," la possession convient avec le domaine, que deux personnes ne peuvent pareillement avoir chacune pour le total : *Duo non possunt esse domini in solidum ;* mais elle en diffère en ce que le domaine ne peut procéder que d'un seul et même titre ; car ayant une fois acquis le domaine d'une chose à quelque titre que ce soit, je ne puis plus l'acquérir à un autre titre, étant impossible, *per rerum naturam,* que j'acquière ce qui est déjà à moi : *Quod meum est, amplius meum fieri non potest.* Au contraire, la possession que nous avons d'une chose peut procéder de plusieurs titres : *Ex plurimis causis possidere possumus, ut quidam putant : et eum*

(1) Qui était le chef de l'école opposée. (Note de l'édition de 1772.) (Bugnet.)

(2) *In summâ possessionis* ; c'est-à-dire, quant au fait dans lequel consiste la possession. (Note de l'édition de 1772.) (Bugnet.)

qui usuceperit, et pro emptore, et pro suo (1) *possidere ; sic enim et si ei qui pro emptore possidebat hæres sim, eamdem rem et pro emptore et pro hærede possideo : nec enim, sicut dominium non potest nisi ex unâ causâ contingere, itâ et possidere ex unâ dumtaxat causâ possumus ; eâd.* L. 3, § 4.

6. Il y a deux principales espèces de possession ; *la possession civile*, et la *possession* purement *naturelle.*

La *possession civile* est la possession de celui qui possède une chose comme à lui appartenant en propriété, soit qu'il en soit effectivement le propriétaire, soit qu'il ait seulement quelque juste sujet de croire l'être, *possessio animo dominantis.*

Pour qu'une possession soit *possession civile*, il faut qu'elle procède d'un *juste titre* ; c'est-à-dire d'un titre qui soit de nature à transférer la propriété, tel que le titre de vente, d'échange, de donation, etc., soit que ce titre ait effectivement transféré la propriété de la chose au possesseur, soit que par défaut de pouvoir d'aliéner dans celui de qui le possesseur tient la chose à ce titre, le titre lui ait seulement donné un juste sujet de se croire le propriétaire de la chose.

Ces différents titres d'où procède la possession civile, forment autant de différentes espèces de possession civile, qu'il y a de ces différents titres : *Genera possessionem tot sunt, quot et causæ acquirendi ejus quod nostrum non sit ; velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro hærede, pro noxæ dedito, pro suo, sicut in his quæ terra marique vel ab hostibus capimus, vel quæ ipsi ut in rerum natura essent fecimus, et in summâ magis unum genus est possidendi, species infinita ; eâd.* L. 3, § 21, ff. *eod. tit.*

7. Nous traiterons de ces différents titres dans notre *Traité des Prescriptions.*

Observons seulement que, pour que la possession que vous avez d'une chose soit censée procéder de quelqu'un de ces

(1) L'usucapion est un nouveau titre *pro suo*, ajouté au titre *pro emptore.* (Note de l'édition de 1772.) (Bugnet).

justes titres, *putà*, pour qu'elle soit une possession *pro emptore* à titre d'achat, et qu'elle soit en conséquence une possession civile et une juste possession, il ne suffit pas qu'il soit intervenu un contrat de vente, par lequel vous ayez effectivement acheté cette chose ; il faut que la tradition vous en ait été faite en exécution de ce contrat, par le vendeur de qui vous l'avez achetée, ou par ses représentants. Mais si vous vous êtes emparé de cette chose de votre autorité privée, sans le consentement de votre vendeur, votre possession n'est pas une possession *pro emptore* ; c'est une possession *pro possessore* ; c'est une injuste possession : *Si vendidero* (*tibi*) *nec tredidero rem, si non voluntate meâ nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed prædo es ;* L. 5, ff. *eod. tit.*

Il en serait autrement, si, sur le refus de votre vendeur, vous vous étiez fait mettre par le juge en possession de la chose que vous avez achetée : votre possession serait une juste possession *pro emptore.* C'est ce qu'enseigne Paul : *Justè possidet qui auctore prætore possidet ;* L. 11, ff. *eod. tit.*

8. Pour qu'une possession soit réputée procéder d'un juste titre, et être en conséquence possession civile, il faut que le possesseur fasse apparoir de ce titre, ou qu'elle ait duré un assez long temps pour faire présumer qu'il en est intervenu un. Nous verrons ailleurs quel doit être ce temps.

9. La possession qui procède d'un juste titre, est une juste possession, une possession civile, quand même ce titre n'aurait pas transféré la propriété de la chose au possesseur, comme nous l'avons déjà observé *suprà* ; mais il faut en ce cas que le titre soit accompagné de bonne foi ; c'est-à-dire que le possesseur n'ait pas eu de connaissance que celui de qui il acquérait la chose, n'avait pas le droit de l'aliéner.

Le titre fait présumer cette bonne foi dans le possesseur, tant qu'on ne justifie pas le contraire ; c'est à celui qui attaque la légitimité d'une possession qui procède d'injuste titre, à prouver que le possesseur a eu connaissance que celui de qui il a acquis, n'était pas propriétaire de la chose, et n'avait pas le droit del'aliéner.

10. Passons à la *possession* purement *naturelle.* Il y en a plusieurs espèces.

La première est celle qui est destituée de titre, celle dont le possesseur ne peut donner aucune bonne raison pourquoi il possède : *Qui interrogatus cur possideat, responsurus sit : Quia possideo ;* L. 12, ff. *de Hæred. petit.*

On appelle cette possession : *possessio pro possessore.*

Quoique le possesseur ne produise aucun titre de sa possession, lorsqu'elle a duré un temps assez considérable pour en faire présumer un, ne paraissant d'ailleurs aucun vice dans cette possession, on ne la doit pas regarder comme absolument destituée de titre, étant censée procéder d'un titre présumé ; elle est en conséquence une possession civile, et non une possession purement naturelle.

11. La seconde espèce de *possession* purement *naturelle*, est celle qui procède à la vérité d'un titre de nature à transférer la propriété, mais qui est infectée de mauvaise foi, qui consiste daus la connaissance que le possesseur avait que celui de qui il a acquis la chose, n'avait pas le pouvoir de l'aliéner.

12. La troisième espèce de *possession* purement *naturelle*, est celle qui procède d'un titre nul ; car un titre nul n'étant pas un titre, la possession qui en procède est une possession sans titre. Telle est celle que l'un des conjoints par mariage a d'une chose dont l'autre conjoint lui a fait donation pendant le mariage, contre la prohibition de la loi : *Quod uxor viro aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur ;* L. 16, ff. *de Acquir. poss.*

13. Enfin, la quatrième espèce de *possession* purement *naturelle*, est celle qui procède d'un titre valable, mais qui n'est pas de nature à transférer la propriété.

Quoique la possession qui procède de tels titres, soit en un sens *juste*, en ce qu'elle ne renferme aucune injustice ; elle n'est pas ce qu'on appelle *juste possession*, en prenant ce terme, *juste possession* dans son sens propre, pour une possession civile, pour une possession *animo dominantis.*

On peut apporter pour exemple de possession qui procède

de titres qui ne sont pas de nature à transférer la propriété, la possession d'un engagiste. Cet engagiste ne possède pas la chose qu'il tient à titre d'engagement, *tanquam rem propriam* ; il la possède au contraire, *tanquam rem alienam*, comme chose dont celui de qui il la tient par engagement demeure propriétaire, puisqu'il peut, en remboursant la somme pour laquelle elle est engagée, rentrer en la jouissance et possession de cette chose : cette possession n'est pas une possession civile, une possession *animo dominantis* ; elle n'est qu'une possession purement naturelle.

Il en est de même de la possession d'un usufruitier, à qui le propriétaire a transféré expressément la possession de la chose, pendant le temps que durerait l'usufruit ; cette possession est une possession naturelle : *Naturaliter videtur possidere is qui usumfructum habet ;* L. 12, ff. *eod. tit.*

Telle est aussi la possession d'un séquestre, lorsque deux personnes qni se disputent l'une à l'autre, non-seulement la propriété d'une chose, mais encore la possession, ne pouvant ni l'une ni l'autre justifier leur possession, sont convenues de la séquestrer, *non simplicis custodiæ causâ*, mais à l'intention de se dépouiller de la possession par elles respectivement prétendue, et de la remettre au séquestre, jusqu'à la décision du procès sur la propriété, ou lorsque, sans que les parties en soient convenues, le juge l'a ainsi ordonné. Quoique dans ces cas la possession de ce séquestre soit une véritable possession qui procède d'un titre valable, cette possession n'est qu'une possession naturelle, parce que ce séquestre possède la chose *tanquam rem alienam* ; il ne la possède pas *tanquam rem propriam*, il ne la possède pas *animo dominantis.*

Un quatrième exemple d'une *possession naturelle* qui procède d'un titre valable, mais qui n'est pas de nature à transférer la propriété, est celle d'une chose que quelqu'un a à *titre de précaire.* Le possesseur qui possède une chose à ce titre, la possède *tanquam rem ejus à quo eam precario rogavit* ; il ne la possède pas *tanquam rem propriam* : sa possession

ne peut donc être qu'une possession naturelle ; elle ne peut être une possession *animo dominantis*, une possession civile.

14. Observez une différence entre la première espèce de possession naturelle, et les trois autres.

La première espèce de possession naturelle, qui est celle de celui qui ne rapporte aucun titre de sa possession, n'est réputée possession purement naturelle, que lorsqu'elle n'a pas duré assez longtemps pour faire présumer un titre ; autrement elle est censée procéder d'un juste titre, sinon produit, au moins présumé par le long temps qu'elle a duré ; et elle est en conséquence réputée possession civile, *possessio animo dominantis.*

Au contraire, les trois autres espèces de possession, celle qui est infectée de mauvaise foi, celle qui procède d'un titre nul, celle qui procède d'un titre valable à la vérité, mais qui n'est pas de nature à transférer la propriété, quelque long temps qu'elles aient duré, ne sont que des possessions naturelles : car la mauvaise foi dont la possession est infectée, de même que la nullité ou la qualité du titre dont elle procède, réclament perpétuellement contre la qualité de possession *animo dominantis*, et de possession civile qu'on voulait lui donner. (1)

De là vient cet axiome de droit : *Melius est non habere titulum, quàm habere vitiosum.*

15. Il ne faut pas confondre avec la possession naturelle, la détention de ceux qui détiennent une chose pour un autre, et au nom d'un autre ; tels que sont des fermiers, des locataires, des dépositaires, des emprunteurs ou commodataires. La détention qu'ont ces personnes de la chose qui leur a été louée, ou donnée en dépôt, ou prêtée, n'est qu'une pure détention, *mera custodia,* et n'est pas même une possession

(1) Il faut remarquer que le défaut de titre, ou sa nullité, ou la mauvaise foi du possesseur, n'empêchent pas que la prescription s'accomplisse, seulement il faut une durée plus longue, tandis que le titre qui par sa nature avertit le détenteur que la chose est à autrui est un obstacle à la prescription. (BUGNET).

purement naturelle ; car détenant la chose, non en leur nom, mais au nom de celui qui la leur a louée, ou donnée en dépôt, ou prêtée, la détenant comme ses fermiers, ses locataires, ses dépositaires, c'est celui qui la leur a louée, ou donnée en dépôt, ou prêtée, qui la possède par leur ministère ; c'est lui qui a par eux la possession de cette chose, ils ne peuvent donc pas l'avoir ; car deux personnes ne peuvent pas posséder en même temps *in solidum* la même chose : *Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt* ; L. 3, § 5, ff. *de Acq. poss.* La détention qu'ils ont de la chose, ne peut donc être regardée comme une possession, même seulement naturelle, qu'ils aient de la chose : *Eam rem non possident, sed sunt in possessione ejus rei illius nomine qui eam per ipsos possidet.* C'est ce qu'enseigne l'empereur Alexandre Sévère : *Qui ex conducto possidet, quamvis corporaliter teneat, non tamen sibi, sed domino rei* (qui lui a fait bail) *Creditur possidere* ; L. Cod. *comm. de Usuc.* Car c'est le bailleur qui possède par le preneur ; *et per colonos et inquilinos possidemus ;* L. 25, § 1, ff. *de Acq. poss.*

16. Il en est de même d'un gardien ou commissaire établi à une saisie, soit de meubles, soit de fruits pendants par les racines, soit même à la saisie réelle d'un héritage. Ce gardien ou commissaire n'a qu'une simple garde des choses saisies, auxquelles il est établi gardien ou commissaire ; il n'en a aucune possession : il les détient pour et au nom de la partie saisie ; et c'est la partie saisie qui continue d'en avoir par lui la possession, jusqu'à ce qu'elle en soit dépossédée par la vente et l'adjudication des choses saisies.

Notre coutume d'Orléans en a une disposition en l'art. 3, où elle dit : *Main de justice ne dessaisit personne.*

C'est aussi ce qu'enseigne Pomponius à l'égard des différentes espèces de saisies de biens qui étaient en usage par le droit romain : *Quum legatorum vel fideicommissi servandi causâ, vel quia damni infecti non caveatur, bona possidere prætor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit, non*

possidemus, sed magis custodiam et observationem nobis concedit ; L. 12, ff. *Quib. ex caus. in poss.*

37. Il n'y a que les choses *corporelles* qui soient susceptibles de possession : *Possideri possunt quæ sunt corporalia ;* L. 3, ff. *de Acq. poss.*

C'est ce qui résulte de la définition et des notions que nous avons données de la possession, au commencement de ce Traité.

Posséder une chose, tenir une chose par nous-mêmes, ou par d'autres qui la tiennent en notre nom, étant *rei insistere, incubare*, il est évident que cela ne peut convenir qu'aux choses corporelles.

Même parmi les choses corporelles, il y en a quelques-unes qui ne sont pas susceptibles de possession : telles sont celles qui sont *divini aut publici juris*, comme sont une église, un cimetière, une place publique. Il est évident que ces choses ne peuvent pas être la matière de la possession des particuliers.

Une chapelle domestique qui est dans une terre, étant une chose consacrée à Dieu, une chose *divini juris*, nous ne pouvons à la vérité la posséder *per se*, mais nous sommes censés la posséder avec la terre dont elle est une dépendance. (1)

38. Les choses *incorporelles*, c'est-à-dire celles *quæ in jure consistunt*, ne sont pas susceptibles à la vérité d'une possession véritable et proprement dite ; mais elles sont susceptibles d'une quasi-possession *jura non possidentur, sed quasi possidentur.*

Cette *quasi-possession* d'un droit consiste dans la jouissance qu'en a celui à qui il appartient.

Par exemple, je suis censé avoir la quasi-possession d'un droit de dixme ou d'un droit de champart, par la perception que je fais de la dixme ou du champart.

Je suis censé avoir la quasi-possession d'un droit de fief,

(1) Tous ces objets sont aujourd'hui susceptibles d'une véritable possession. (BUGNET).

d'un droit de censive, d'une rente soit foncière, soit constituée, par les aveux qui m'en sont portés, par les reconnaissances qui me sont passées, par le paiement qui m'est fait, soit des cens, soit des arrérages de rente.

Je suis censé avoir la quasi-possession d'un droit de servitude, lorsque je fais dans l'héritage, au vu et au su du propriétaire de cet héritage, ce que mon droit de servitude me donne droit d'y faire. (1)

J'ai la quasi-possession d'un droit de justice sur un territoire, par les actes judiciaires qu'y font mes officiers ; par la comparution des justiciables aux assises que tient mon juge, et par le défaut qu'il prononce contre les absents. (2).

En général, la jouissance que j'ai de quelque droit que ce soit, en est une quasi-possession.

Cette quasi-possession est susceptible des mêmes qualités et des mêmes vices que la véritable possession.

49. Nous pouvons acquérir la possession d'une chose, non-seulement par nous-mêmes, mais aussi par ceux qui la reçoivent pour nous et en notre nom. Par exemple, lorsque j'envoie un tailleur chez un marchand pour m'acheter de l'étoffe pour me faire un habit, il m'acquiert la possession de cette étoffe, lorsqu'il la reçoit des mains du marchand pour moi et en mon nom : *Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur ;* L. 1, § 20, ff. *de Acq. poss.*

50. Observez que, pour que nous acquérions la possession d'une chose par un autre, il faut qu'il ait intention de nous l'acquérir.

De là il suit : 1° que nous ne pouvons pas acquérir la possession d'une chose par le ministère d'une personne qui, n'ayant pas l'usage de raison, est incapable de volonté. C'est

(1) Aussi les rédacteurs du Code, en définissant la possession (article 2228), ont-ils dit : *ou la jouissance d'un droit... que nous exerçons......* (BUGNET).

(2) Les droits de dixme, de champart, de fief, de censive, de justice, dont parle ici Pothier, sont abolis. (BUGNET).

pourquoi, si j'avais envoyé un fou prendre possession pour moi d'un héritage que j'ai achetée ; quoiqu'il s'y transportât, il ne m'en acquerrait pas la possession : *Ille per quem volumus possidere talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi ;* L. 1, § 9, ff. *eod. tit. Et ideo si furiosum servum miseris ut possideas, nequaquàm videris apprehendisse possessionem ; eâd.* L. 1, § 10.

51. De là il suit : 2° que, si vous ayant chargé de faire pour moi l'emplette d'une certaine chose, au lieu de vous acquitter de votre commission, et de faire cette emplette pour moi, vous l'avez faite pour vous, je n'acquiers point par vous la possession de cette chose que vous avez reçue pour vous. C'est pourquoi Paul, après avoir dit que *Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur*, ajoute : *Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum eâ mente ut operam dumtaxat suam accommodarent nobis, non possunt acquirere ; eâd.* L. 1, § 20.

52. Mais lorsque quelqu'un que j'ai chargé de me faire l'emplette d'une chose, en a fait l'emplette pour moi, et l'a reçue pour moi et en mon nom, j'en acquiers par lui la possession aussitôt qu'il la reçoit pour moi, même avant que j'en aie eu avis, et quoique j'ignore encore qu'il l'a reçue : *Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem... receptum est ;* L. 1, Cod. *de Acq. poss.*

53. Cela a lieu lorsque celui qui a reçu pour moi la chose, avait charge de moi de recevoir pour moi cette chose, ou du moins lorsqu'il avait charge de moi de me faire l'emplette d'une chose de ce genre : car la procuration que je lui ai donnée d'en faire l'emplette pour moi, suppose en moi la volonté d'acquérir la possession de la chose qu'il recevra pour moi ; laquelle volonté persévère en moi au temps qu'il la reçoit, et suffit pour m'en faire acquérir par lui la possession, quoique j'ignore encore qu'il l'ait reçue. Il n'en est pas de même lorsqu'un de mes amis, sans avoir charge de moi, fait pour moi l'emplette d'une chose qu'il sait devoir me faire plaisir, et la reçoit pour moi en mon nom. Je n'en

acquiers par lui la possession que depuis que j'ai eu avis de cette emplette qu'il a faite pour moi, et que je l'ai approuvée ; car je n'ai pas pu avoir plutôt la volonté d'en acquérir la possession : *Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinùs illi acquirit possessionem ; quod si suâ sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emptionem ;* L. 42, § 1, ff. *de Acq. poss.*

54. De même que nous acquérons la possession d'une chose, non-seulement par nous-mêmes, mais aussi par d'autres qui la reçoivent pour nous et en notre nom, comme nous l'avons vu en l'article précédent ; pareillement nous retenons la possession d'une chose, non-seulement par nous-mêmes, mais par d'autres qui la détiennent pour nous et en notre nom : *Et per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus ;* L. 25, § 1, ff. *de Acq. poss. Et generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessionem, veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur ;* L. 9, ff. *eod. tit.*

En cela l'acquisition de la possession et la conservation de la possession conviennent ; mais elles diffèrent principalement en deux points.

55. *Première différence.*—Pour acquérir la possession d'une chose, la seule volonté ne suffit pas ; il faut une préhension corporelle de la chose, ou par nous-mêmes, ou par quelqu'un qui l'appréhende pour nous et en notre nom (1), comme nous l'avons vu *suprà*, nº 41.

Au contraire, lorsque nous avons acquis la possession d'une chose, la seule volonté que nous avons de la posséder suffit pour nous en faire conserver la possession, quoique nous ne détenions pas cette chose corporellement, ni par nous-mêmes, ni par d'autres.

Les empereurs Dioclétien et Maximien nous font observer cette différence : *Licèt possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest ;* L. 4, Cod. *de Acq. poss.*

Cette volonté de retenir la chose se suppose toujours, tant

(1) Dans un grand nombre de cas la volonté des parties suffira. (BUGNET.)

qu'il ne paraît pas une volonté contraire bien marquée. C'est pourquoi, quand même une personne aurait abandonné la culture de ses héritages, elle ne serait pas pour cela censée avoir la volonté d'en abandonner la possession : elle serait donc présumée avoir la volonté de la retenir, et elle la retiendrait en effet. C'est ce que décident les empereurs dans la loi ci-dessus citée : *Si ergo*, continuent-ils, *prædiorum desertam possessionem non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed motus necessitate culturam eorum distulisti, præjudicium ex transmissi temporis injuriâ generari non potest; eâd.* L. 4, Cod. *eod. tit.*

Paul, pour exemple du principe " que nous retenons la possession d'une chose par la seule volonté de la retenir, sans aucune détention corporelle," nous rapporte ce cas : *Saltus hibernos æstivosque animo possidemus, quamvis eos certis temporibus relinquamus* ; L. 3, § 11, ff. *de Acq. poss.*

56. Il n'est pas même nécessaire, pour conserver la possession des choses que je possède, que j'aie une volonté positive d'en retenir la possession : une volonté négative suffit ; c'est-à-dire qu'il suffit que la volonté que j'ai eue de la posséder, lorsque j'en ai acquis la possession, n'ait pas été révoquée par une volonté contraire : car, tant qu'elle n'a point été révoquée par une volonté contraire, elle est toujours censée persévérer, et j'en retiens la possession, à moins que quelqu'un ne l'eût usurpée sur moi, et ne m'en eût dépossédé.

Notre principe " que pour retenir la possession d'une chose, il n'est pas nécessaire d'avoir une volonté positive et formelle de la posséder," ne peut être révoqué en doute. Lorsqu'une personne dort, il est évident que, pendant son sommeil, elle est incapable de volonté, et qu'elle ne peut par conséquent, pendant son sommeil, avoir une volonté positive de posséder toutes les choses qu'elle possédait avant son sommeil : oserait-on douter qu'elle en conserve la possession pendant son sommeil ?

Pareillement, lorsqu'une personne a perdu l'usage de la raison, et qu'elle est devenue, par la folie, incapable de vo-

lonté ; quoiqu'elle ne puisse plus avoir une volonté positive de rien posséder, oserait-on douter que, pendant sa folie, et même avant qu'on l'ait pourvue d'un curateur, elle conserve la possession de ce qu'elle possédait ?

57. C'est conformément à ce principe que, suivant la maxime de notre droit français, *le mort saisi le vif*, la possession de toutes les choses qu'un défunt possédait au temps de sa mort, passe, dès l'instant de sa mort, en la personne de son héritier, non-seulement avant qu'il ait accepté la succession, pourvu qu'il l'accepte par la suite, mais même avant qu'il ait eu connaissance de la mort du défunt, et que sa succession lui ait été déférée, et par conséquent avant qu'il ait pu avoir une volonté positive de posséder les choses que le défunt possédait lors de sa mort. La raison en est, que l'héritier étant regardé comme la continuation de la personne du défunt, la possession de toutes ces choses qui passe à cet héritier, n'est que la continuation de celle qu'avait le défunt. L'héritier conserve et retient cette possession plutôt qu'il ne l'acquiert, et il n'a pas besoin par conséquent pour cela d'avoir une volonté positive de posséder toutes ces choses (1).

58. Par la même raison, la succession vacante d'un défunt, quoiqu'elle ne soit qu'une personne fictive, incapable de volonté, est néanmoins censée posséder toutes les choses que le défunt possédait lors de sa mort ; parce que cette succession vacante, qui n'est que la continuation de la personne du défunt, en possédant les choses que le défunt possédait au temps de sa mort, ne fait que retenir et conserver la possession que le défunt avait lors de sa mort ; or, suivant notre principe, on peut retenir la possession sans avoir une volonté positive de posséder.

59. *Seconde différence.*— Pour que nous puissions acquérir la possession d'une chose par un autre, il faut que celui par

(1) Cet effet est produit par la volonté de la loi : car, chez les Romains, l'héritier continuait la personne, mais la possession ne se continuait pas *ipso jure*. (BUGNET).

qui nous acquérons la possession, ait une volonté formelle de nous l'acquérir, qui coucoure avec la nôtre : au contraire, pour que nous retenions la possession d'une chose en laquelle d'autres ont été mis en possession pour nous, il n'est point nécessaire qu'ils conservent la volonté de la détenir pour nous.

De là il suit que, si mon fermier qui détient pour moi, et en mon nom, mon héritage, vient à perdre l'usage de la raison ; quoiqu'il soit, par sa folie, incapable de volonté, et qu'il ne puisse plus par conséquent détenir pour moi et en mon nom mon héritage, je ne laisse pas d'en retenir par lui la possession : *Per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus ; etsi moriantur aut furere cæperint, aut alii locent, intelligimur nos retinere possessionem ; eâd.* L. 25, ff. *de Acq. poss.*

60. Il y a plus : quand même celui qui a commencé d'être en possession d'une chose pour moi et en mon nom, changerait de volonté, et aurait la volonté de ne la plus détenir en mon nom, mais au sien, il serait toujours censé la détenir en mon nom, et je continuerais de posséder par lui mon héritage. Cela est conforme au principe que nous avons rapporté *suprà*, nº 31, "que personne ne peut se changer la cause et les qualités de sa possession ou de sa détention."

61. Nous retenons la possession d'une chose par ceux qui la détiennent pour nous et en notre nom, non-seulement lorsqu'ils la détiennent par eux-mêmes, mais encore lorsqu'ils la détiennent par d'autres, quand ceux par qui ils la détiennent, les en croiraient les véritables possesseurs, et auraient par conséquent l'intention de la détenir pour eux et non pour nous ; car en détenant la chose pour eux, qui ne peuvent la posséder, *quum non possint mutare sibi causam possessionis suæ*, ils la détiennent indirectement pour nous sans le savoir. C'est ce qu'enseigne Paul : *Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominùs ego id possidebo ; et idem erit si colonus meus fundum locaverit, aut is apud quem deposueram, apud alium rursùs deposuerit ; et id*

quamlibet per plurium personam factum, observandum ità erit ; L. 30, § 6, ff. *de Acq. poss.*

62. Lorsque celui par qui nous possédons une chose, est mort, et que cette chose se trouve par devers son héritier, nous continuons de la posséder par son héritier.

Par exemple, lorsque mon fermier meurt, je continue de posséder par son héritier l'héritage que je possédais par lui.

Cela a lieu, quand même l'héritier de mon fermier ne serait pas lui-même mon fermier, *putà* parce que je n'avais fait le bail que pour sa vie : cela n'empêche pas que je ne sois possesseur par cette héritier de l'héritage, tant qu'il y demeure, de même que je le possédais par le défunt : *Hæredem coloni, quamvis colonus non est, domino possidere existimo*; L. 60, § 1, ff. *eod. tit.*

Il y a plus : quand même l'héritier de mon fermier aurait ignoré que le défunt n'était que le fermier de l'héritage, et qu'il l'en aurait cru le propriétaire, et qu'en conséquence il regardât cet héritage comme un héritage à lui appartenant, et non comme un héritage dont il ne fût en possession qu'en mon nom, il devrait néanmoins être censé n'en être en possession qu'en mon nom ; car sa possession étant la même que celle à laquelle il a succédé au défunt, celle que le défunt avait, n'étant qu'une possession qui avait pour cause le bail à ferme que je lui avais fait de mon héritage, n'étant par conséquent qu'une possession en laquelle il était en mon nom, celle de son héritier, nonobstant la fausse opinion qu'il en a, ne peut être qu'une possession en laquelle il est en mon nom, personne ne pouvant par son opinion se changer la cause et les qualités de sa possession : *Nemo ipse sibi potest mutare causam possessionis suæ*, comme nous l'avons vu *suprà.*

63. Il résulte de tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, que nous retenons la possession d'une chose par celui qui en est en possession en notre nom, ou par son héritier, ou par celui qui la détient pour lui, tant que ces personnes conservent la possession de la chose en laquelle elles sont pour

nous. Sur quoi observez que, quoique le fermier d'un héritage, ou le locataire d'une maison, qui est en possession de cet héritage ou de cette maison en mon nom, s'en soit absenté pour un temps, sans y laisser personne de sa part, dans le dessein d'y retourner, il est censé continuer d'en être en possession, par la volonté qu'il a d'y retourner, et j'en conserve la possession par lui. C'est ce qu'enseigne Javolenus : *Si colonus non deserendæ possessionis causâ, exiisset de fundo et eo rediisset, eumdem locatorem possidere placet ;* L. 31, ff. *eod. tit.*

Javolenus dit, *non deserendæ possessionis causâ* ; car suivant l'opinion de l'école des Sabiniens, dont était ce jurisconsulte, lorsque celui qui était en possession d'une chose en mon nom, en abdiquait la possession, *putà*, lorsque mon fermier abandonnait mon héritage dans le dessein de n'y plus revenir, j'en perdais la possession. C'est ce qu'enseigne Africanus, qui suivait l'opinion de cette école. Après avoir dit qu'après la mort de mon fermier, je conservais par son héritier la possession de l'héritage en laquelle le défunt était en mon nom, il ajoute : *Aliud existimandum* SI COLONUS *spontè discesserit* ; L. 40, § 1.

Proculus et son école enseignaient au contraire, que, quoique celui qui était en possession d'une chose en mon nom, eût abdiqué cette possession, je ne laisserais pas d'en conserver la possession, par ma seule volonté de la posséder, à moins qu'un tiers ne s'en fût emparé, et ne m'en eût dépossédé : *Quum quis persuaserit familiæ meæ ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur, sed de dolo judicium in eum competit, si qui mihi damni* (1) *accesserit;* L. 31, ff. *de Dolo malo.*

Paul suit ce sentiment : *Si servus vel colonus per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem ;* L. 5, § 8, ff. *de Acq. poss.*

(1) Soit parce que mon héritage est resté inculte, soit parce que cela aurait donné occasion à un tiers de s'en mettre en possession, et de m'en déposséder. (*Note de l'édition de* 1772.) (BUGNET).

Le sentiment des Proculéiens est le plus raisonnable, et Justinien l'a confirmé en la loi dernière, Cod. *eod. tit.*

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Int. aux Cout.*, *tit.* 22, *n*° 1 *à* 5. } 1. On peut définir la *possession*, la détention que quelqu'un a d'une chose, soit par lui-même, soit par un autre : *Possessio appellata est à pedibus quasi pedum positio* ; ou selon la leçon florentine, *à sedibus quasi positio ;* L. 1, ff. *de acq. poss. ;* parce que celui qui possède, *rei insidet*, *insistit.*

2. On distingue la possession en *possession civile* et *possession naturelle.*—La *possession civile* est la possession de celui qui possède une chose comme lui appartenant en propriété, soit qu'il en soit effectivement le propriétaire, soit qu'il ait quelque juste sujet de croire l'être ; *detentio animo dominantis.*— Telle est la possession qui procède d'un titre par sa nature translatif de propriété, comme sont un contrat de vente ou d'échange, une donation, un legs, etc.— La possession qui procède d'un tel titre est une possession civile, soit que le possesseur ait effectivement acquis la propriété de la chose en vertu de ce titre, soit qu'il ne l'ait pas acquise, non par le défaut du titre, mais parce que celui de qui il la tient n'était pas propriétaire, quoiqu'il ait disposé de cette chose comme d'une chose à lui appartenant, sans qu'il paraisse que l'acquéreur ait eu connaissance qu'elle ne lui appartenait pas.—Lorsque le titre d'où procède la possession ne paraît pas, et qu'elle a duré trente ans sans interruption, il résulte de cette durée une présomption de droit qu'il y a eu un juste titre qui s'est perdu, d'où la possession procède, et qu'en conséquence la possession est une possession civile. C'est sur ce fondement qu'elle opère la prescription (1).

(1) Il ne nous paraît pas exact de dire que tel est le fondement de la prescription de trente ans ; et moins encore de dire qu'après ce laps de temps, *il résulte une présomption de droit, qu'il y a eu un juste titre qui s'est perdu ;* et nous croyons qu'il est facile de démontrer que la possession de l'usurpateur, qui n'a aucun titre, devient *possession civile*, et donne la présomption de propriété bien avant l'expiration des trente

3. La *possession naturelle* est celle de celui qui possède sans aucun titre, où à autre titre que de propriétaire.—Telle est la possession d'un voleur ou d'un usurpateur. Ceux qui possèdent en vertu d'un titre nul et vicieux, sont censés aussi posséder sans aucun titre : car un titre nul et vicieux n'est pas un titre, et par conséquent la possession de ces personnes n'est qu'une possession naturelle. — Par exemple, celui qui possède un héritage dont sa femme, contre la disposition de la loi, lui a fait, durant le mariage, une donation, n'en a qu'une possession naturelle, *pro possessore possidet* (L. 16, ff. *de Acq. poss.*), car un tel titre étant nul, il possède sans titre.

4. La possession de celui qui possède une chose justement à la vérité, mais à un autre titre que de propriétaire, n'est aussi qu'une possession naturelle. — Telle est la possession d'un séquestre, lorsque les deux parties qui se contestaient non-seulement la propriété, mais même la possession d'une chose, sont convenues de la séquestrer, *non simplicis custodiæ causâ*, mais avec intention de se dépouiller de la possession par elles respectivement prétendue, et de la remettre au séquestre jusqu'à la décision de la contestation ; ou que, sans qu'elles en soient convenues, le juge l'a ainsi ordonné. Ce

ans de durée. En effet, après un an, pourvu que la possession ait les autres caractères, l'usurpateur aura l'action possessoire, pourra se faire maintenir ou réintégrer dans sa possession (art. 23, C. proc.) ; il reste sans doute exposé à la revendication, mais dans cette action il sera défendeur, n'aura rien à prouver, une présomption de propriété milite en sa faveur, et ce sera au demandeur à justifier de sa propriété : *commodum autem possidenti in eo est quod, etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio :* en présence d'un tel résultat, il est difficile de ne pas admettre que la possession, même sans titre, devient une véritable *possession civile*, protégée par la loi après un an de durée.

Art. 23, C. proc. : " Les actions possessoires ne seront recevables " qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par " ceux qui, depuis une année au moins, étaient *en possession paisible* " *par eux ou les leurs, à titre non précaire.*" (Bugnet).

séquestre possède véritablement et justement la chose qui lui a été séquestrée : mais sa possession n'est que naturelle, parce qu'il ne la possède pas *animo dominantis*, comme une chose à lui appartenante, mais comme séquestre ; L. 39, ff. *de Acq. possess.* — Telle est aussi la possession du créancier nanti de gage. Celui qui lui donne la chose en nantissement s'en dépossède ; le créancier à qui elle est donnée en nantissement en est le véritable possesseur : mais comme il ne la possède pas *animo domini* et comme une chose à lui appartenante, mais comme une chose qui lui est simplement engagée, sa possession n'est qu'une possession naturelle ; L. 16, ff. *de Usurpationibus.*

5. A l'égard des simples dépositaires, des commodataires, des fermiers et locataires, et autres semblables, ils n'ont pas même la possession naturelle des choses qui leur ont été confiées, prêtées, données à titre de ferme ou loyer, parce qu'ils sont censés tenir ces choses non en leur nom, mais au nom de ceux qui les leur ont confiées, prêtées, ou données à ferme ou à loyer, lesquels sont censés les posséder par eux. C'est ce que dit Alexandre en la loi 1, Cod. *comm. de Usucap. Qui ex conducto possidet, quamvis corporaliter teneat, non tamen sibi, sed domino creditur possidere ;* et la loi 25, § 1, ff. *de Acq. poss. Per colonos aut inquilinos possidemus.* Si c'est celui qui a donné à titre de ferme, de loyer, de dépôt ou de prêt, qui continue de posséder lui-même la chose par son fermier, locataire, dépositaire ou commodataire, il s'ensuit que ce ne sont pas ceux-ci qui la possèdent : car *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt ;* L. 3, § 5, ff. *de acq. poss.* Ceux-ci *magis sunt in possessione alterius nomine quàm ipsi possident.* — Il en est de même des commissaires établis à des biens saisis : le débiteur saisi continue de posséder par eux les biens saisis ; (coutume art. 3 ; L. 12, ff. *Quib. ex caus. in poss.*).

Lahaie, sur art. 2228 *C. N.* } *Domat*, Lois civiles, liv. 3, tit. 7, sect. 1, n. 1.—On appelle proprement possession la détention d'une chose que celui qui en est le maître ou qui

a sujet de croire qu'il l'est, tient en sa puissance ou en celle d'un autre par qui il possède.

N. 2.—Comme l'usage de la propriété est d'avoir une chose pour en jouir et en disposer, et que ce n'est que par la possession qu'on peut exercer ce droit, la possession est naturellement liée à la propriété, et n'en doit pas être séparée. Ainsi, la possession renferme un droit et un fait : le droit de jouir attaché au droit de propriété, et le fait de la détention effective de la chose qui soit en puissance du maître ou d'un autre pour lui.

Malleville.— Si la chose qu'on prétend posséder est *indivisible*, la possession de l'une de ses parties n'entraîne pas la possession des autres : *tantum præscriptum quantum possessum.* C'est le cas de la possession d'une partie d'un domaine ; mais si la chose est indivisible, la possession d'une partie entraîne celle du tout. (*L.* 8, § 1, *ff. quem. serv. amitt.*)

Pandectes françaises.—Toutefois, la détention seule ne constitue pas la possession ; il faut encore *animus domini*, la conscience de la propriété.

Vazeille, Traité des prescriptions, n. 31.—Il n'importe point à la prescription que l'on possède par soi-même ou par autrui. L'on conserve ou l'on acquiert la propriété par la possession d'un fondé de pouvoir et d'un fermier, tout aussi bien que par la sienne propre. Le mari possède pour sa femme, le tuteur pour son pupille, le dépositaire pour celui de qui il tient le dépôt, le séquestre pour celui qui sera déclaré propriétaire, etc. — L'usufruitier, maître absolu de la jouissance, n'a pas pour lui la possession qui sert à la prescription ; il possède sous ce rapport pour le propriétaire. (*L.* 1, *ff; l.* 9 ; *l.* 17, § 1 ; *l.* 25, *ff. de acq. poss.;* § 5, *Inst. de interd.;* § 4, *eod. per quas personas.* Art. 2236.)

Duranton, t. 1, n. 184. — Le possesseur est réputé propriétaire jusqu'à preuve contraire. En conséquence, dans le procès en revendication, il est défendeur, et n'a point à prouver qu'il est propriétaire de la chose : c'est à son adversaire à prouver qu'il l'est lui-même.— C'est la possession qui con-

duit à l'acquisition de la propriété par le moyen de la prescription.—Lorsqu'elle est accompagnée de la bonne foi, elle fait gagner au possesseur les fruits qu'il a perçus sur la chose d'autrui.—Enfin, la possession procure au possesseur les actions possessoires : l'action en complainte, s'il est simplement troublé dans sa possession, et l'action en réintégrande, s'il a été expulsé.

Troplong, prescription, t. 1, n. 225.— La possession est l'attribut de la propriété. Dans l'absence du droit de propriété, qui est ignoré, la possession en prend les couleurs, et la loi suppose que celui qui a cultivé recueilli les fruits, joui de la chose pendant une année entière, n'aurait pas agi ainsi s'il n'eût pas été propriétaire. (Voir encore n. 251, 257, 267 à 270, 274 et 1052.)

(Voir Henrion, Compétence des juges de paix ; Poncet, des actions ; Carré, Compétence, t. 2, p. 306 et suiv.)

Boileux, t. 3. — En général, la possession est la détention d'une chose ou l'exercice d'un droit ; elle s'applique aux choses incorporelles, comme aux choses corporelles ; par exemple, je suis censé avoir la possession d'une servitude, lorsque j'use de mon droit au vu et au su du propriétaire.

2193. Pour pouvoir prescrire au moyen de la possession, il faut qu'elle soit continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire.

2193. For the purposes of prescription, the possession of a person must be continuous and uninterrupted, peaceable, public, unequivocal, and as proprietor.

---

* *C. N.* 2229. } Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.

---

* *Cout. de Paris, art.* 113, 114, 118. } 113. Si aucun a joui et possédé héritage ou rente, à juste titre et de bonne foi, tant par lui que par ses prédécesseurs, dont il a le droit et cause, franchement et sans inquiétation, par dix ans entre présens et vingt ans entre absens, âgés et non privilégiés, il acquiert prescription du dit héritage ou rente.

114. Quand aucun a possédé et joui par lui et ses prédécesseurs, desquels il a le droit et cause d'héritage ou rente, à juste titre et de bonne foi par dix entre présens et vingt ans entre absens, entre âgés et non privilégiés, franchement et paisiblement, sans inquiétation d'aucune rente ou hypothèque ; tel possesseur du dit héritage ou rente, a acquis prescription contre toutes rentes ou hypothèques prétendues sur le dit héritage ou rente.

118. Si aucun a joui, usé et possédé un héritage, ou rente, ou autre chose prescriptible, par l'espace de trente ans, continuellement, tant par lui que par ses prédécesseurs, franchement, publiquement et sans aucune inquiétation ; supposé qu'il ne fasse apparoir du titre, il a acquis par prescription entre âgés et non privilégiés.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Int. aux Cout., tit.* 22, *n°* 17 *à* 29. } 17. *Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore ;* L. 3, § 1, ff. *de acq. poss.* — Il faut donc le concours de deux choses pour que quelqu'un acquière la possession d'une chose.—Il faut en premier lieu *la volonté de posséder, animus possidenti ;* et il ne suffit pas de tenir corporellement la chose, si on n'a la volonté de la posséder. C'est pourquoi Paul dit : *Qui jure familiaritatis fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est ut possideat, licet corpore sit in possessione ;* L. 41, ff. *de acq. poss.*—Il faut, en second lieu, *une appréhension corporelle de la chose ;* et il ne suffit pas, pour que j'acquière la possession d'une chose, que j'aie la volonté de la posséder ; il faut en outre que je l'appréhende, que je m'en sai-

sisse, soit par moi-même, soit par quelqu'un qui l'appréhende en mon nom. C'est ce qui résulte de la définition de la possession, et de l'étymologie de ce terme (*suprà*, n° 1).

18. Il y a néanmoins une grande différence à faire entre la possession qui s'acquiert par violence, et celle d'une chose qui nous est volontairement délaissée. La possession d'un héritage, lorsqu'elle s'acquiert par violence, ne s'acquiert que pied à pied, et pour les parties seulement qu'on en a occupées, et dont on a chassé l'ancien possesseur. On n'acquiert point la possession du total jusqu'à ce qu'on ait occupé le total, et chassé entièrement l'ancien possesseur. *Si cum magnâ vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem quam intraverit obtinet ;* L. 18, § 4, ff. *de acq. poss.*— Au contraire, pour acquérir la possession d'un héritage qui nous est volontairement délaissé, il n'est pas nécessaire d'en avoir parcouru toutes les parties : dès qu'on y a mis le pied par quelque endroit que ce soit, on a acquis la possession de tout l'héritage : *Sufficit quamlibet partem fundi introire, dum mente et cogitatione hâc sit ut totum usque ad terminum velit possidere ;* L. 3, § 1, ff. *de Acq. poss.*

19. Il n'est pas même absolument nécessaire de toucher la chose pour en acquérir la possession ; la vue et montre que me fait d'une chose, ou à mon fondé de procuration, celui qui me l'a délaissée, peut me tenir lieu d'appréhension corporelle de la chose. *Non est corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu ;* L. 1, § 21, *eod. tit.*—Cela a lieu principalement à l'égard des choses de grand poids ; comme lorsque j'ai acheté des bois ou autres marchandises exposées sur un port, j'en acquiers la possession par la montre qui m'en est faite, et la permission qui m'est donnée de les faire enlever quand bon me semblera, quoique ni moi, ni personne de ma part, n'y aient encore touché ; L. 1, § 21, ff. *eod. tit.* Les interprètes appellent cette espèce de tradition, *traditio longæ manûs.* — Ce serait encore une plus grande marque de prise de possession, si j'avais établi quelqu'un à la garde de ces marchandises jusqu'à l'en-

lèvement ; L. 51, ff. *de Acq. poss.* — Cette prise de possession qui se fait *oculis et affectu*, a lieu aussi à l'égard des héritages. La montre qui m'est faite de chez moi d'un terrain voisin par le propriétaire qui me le délaisse, tient lieu de prise de possession sans que j'y mette le pied. *Si vicinum mihi fundum mercator venditor in meâ turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minùs possidere cæpi quàm si pedem finibus intulissem ;* L. 18, § 2, ff. *eod tit.*

20. L'appréhension de quelque symbole représentatif de la chose tient lieu quelquefois de l'appréhension de la chose même. Par exemple, lorsque le vendeur a remis à l'acheteur la clé du magasin où sont les marchandises qu'il lui a vendues, cette remise de clé tient lieu de la tradition des marchandises ; l'acheteur, en recevant la clé, acquiert la possession des marchandises qui sont gardées sous cette clé (1) ; L. 1, § 21, ff. *de Acq. poss.* — Les jurisconsultes romains exigeaient pour cela que la tradition des clés se fît *in re præsenti*, c'est-à-dire, sur le lieu même où étaient les marchandises : *si claves apud horrea traditæ sint.* Mais je pense que selon nos usages, la remise des clés, quelque part qu'elle soit faite, doit passer pour tradition des choses renfermées sous clés, et pour prise de possession desdites choses de la part de celui à qui les clés sont remises.

21. Les principes que nous avons établis sur la manière d'acquérir la possession, paraissent souffrir une espèce d'exception à l'égard de la possession des biens d'un défunt qui passe à son héritier : car, suivant la règle de notre droit français, *le mort saisit le vif*, l'héritier, dès l'instant de la mort du défunt, est censé saisi, et par conséquent censé acquérir la possession de tous les biens que le défunt possé-

(1) Il est douteux que les clés soient le symbole des marchandises : la remise des clés facilite l'ouverture de la porte, l'occupation de la marchandise, ou plutôt, la met sous une garde ; elle n'a point d'autres conséquences. Voilà pourquoi les jurisconsultes romains voulaient que cette remise fût faite, *apud horrea,* circonstance que Pothier traite un peu trop légèrement. (Bugnet).

dait, avant même qu'il ait connaissance que la succession lui est échue, et par conséquent avant qu'il puisse avoir aucune volonté de posséder les choses de la succession, et avant aucune appréhension corporelle de ces choses. — On peut néanmoins, pour concilier la règle *le mort saisit le vif*, avec le principe, que la possession ne peut s'acquérir que *animo et corpore*, dire que l'héritier, en tant qu'héritier, étant feint et censé n'être que la continuation de la personne du défunt, la possession qu'avait le défunt est censée plutôt continuer qu'elle n'est censée s'acquérir par cet héritier (1).

22. La volonté de posséder étant nécessaire pour acquérir la possession, il semble suivre de là que ceux qui n'ont pas l'usage de la raison, tels que sont les fous et les enfants au-dessous de l'âge de raison, ne peuvent acquérir la possession d'aucune chose.—Effectivement ces personnes ne le peuvent par elles-mêmes ; *quia* (dit la loi 1, § 3, *de Acq. poss.*) *affectionem tenendi non habent, licet maximè corpore suo rem contingant ; sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat.* — Mais elles peuvent acquérir la possession par leurs tuteurs et curateurs : car ces personnes, par fiction de droit, sont réputées vouloir ce que leurs tuteurs et curateurs, en leurs dites qualités de tuteurs et curateurs, veulent pour elles. *Infans possidêre rectè potest, si tutore auctore possidere cæpit ; nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris ; utilitatis enim causâ hoc receptum est ;* L. 32, § 2, ff. *eod. tit.*—C'est pourquoi, soit qu'un enfant, assisté de son tuteur, se mette en possession d'une chose, soit que son tuteur, en son nom de tuteur, s'en mette en possession pour lui, l'enfant acquiert la possession ; L. 3, Cod. *eod. tit.*

(1) Pourquoi tant de fictions ? Pourquoi ne pas dire que cette saisine ou possession légale, avant toute appréhension corporelle, des choses héréditaires, est un véritable bénéfice de la loi. Chez les Romains, l'héritier était aussi le continuateur de la personne, et cependant cette attribution de possession *ipso jure* était tout à fait inconnue. *Aditâ hæreditate, omnia quidem jura ad nos transeunt : possessio tamen nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.* L. 23, ff. *de Acquirendâ vel amittendâ possessione.* (Bugnet).

23. A l'égard des autres mineurs plus âgés, qui commencent à avoir quelque usage de la raison, ils peuvent, comme d'autres, acquérir la possession, même sans l'assistance de tuteur ; *eâd.* L. 1, § 3.

24. Nous pouvons acquérir la possession non-seulement par nous-mêmes, mais encore par le ministère d'une autre personne qui se met en possession d'une chose en notre nom : *animo nostro corpore etiàm alieno possidemus.*— Il faut pour cela le concours de notre volonté, et de celui qui se met en possession en notre nom. — 1° Il faut notre volonté : c'est pourquoi, si quelqu'un sans mon ordre, s'est mis en mon nom en possession d'une chose, pour que j'en acquière la possession, il faut que ce qui a été fait en mon nom, parvienne à ma connaissance, et que je l'approuve.—Si c'est de mon ordre, en vertu d'une procuration que je lui ai donnée, qu'il s'est mis en possession en mon nom, j'acquiers la possession de la chose dès l'instant qu'il s'en est mis en possession en mon nom, et auparavant que j'en aie reçu la nouvelle. C'est dans ce cas que la loi 1, Cod. *de Acq. poss.* dit : *per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem... receptum est.* Ce qui n'est point contraire à notre principe : car c'est l'ordre que je lui ai donné, qui contient une volonté de ma part d'acquérir la possession de la chose dont il s'est mis en possession en mon nom, en exécution de cet ordre ; et j'ai cette volonté, quoique je ne sache pas encore que mon ordre a été exécuté.— C'est sur ces principes qu'Ulpien fait cette distinction : *Procurator siquidem mandante domino rem emerit* (supp. *et acceperit*), *protinùs illi acquirit possessionem : quod si suâ sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem ;* L. 42, § 1, ff. *de Acq. poss.*

25. Cette règle " que notre volonté de posséder est nécessaire pour acquérir la possession, quoique par le ministère d'un autre ", souffre une espèce d'exception dans un cas ; savoir, à l'égard des personnes qui, étant incapables de vouloir par elles-mêmes, tels que sont les enfants et les fous, ne laissent pas d'acquérir la possession des choses que leurs

tuteurs ou curateurs acquièrent au nom desdites personnes en leurs qualités de tuteurs et curateurs. La raison est que ces personnes étant par elles-mêmes incapables de vouloir, il a fallu établir, *utilitatis causâ*, qu'elles seraient réputées vouloir ce que leurs tuteurs et curateurs voudraient pour elles.

26. Il faut aussi en second lieu, pour acquérir la possession par le ministère d'autrui, que celui par le ministère de qui nous l'acquérons, ait la volonté de nous l'acquérir. D'où il suit, 1° que nous ne pouvons acquérir la possession d'aucune chose par le ministère des personnes qui sont incapables de volonté, tels que sont les enfants et les fous : *Per quem volumus possidere talis esse debet ut habeat intellectum possidendi;* L. 1, § 9, ff. *de Acq. poss.*— C'est pourquoi si je donne ordre à un fou de prendre en mon nom possession d'un héritage, quand même il irait effectivement sur cet héritage, je n'en acquerrai pas la possession, *eâd.* L. § 10. — Il suit, 2° du même principe, que, lorsque j'ai donné ordre à quelqu'un de recevoir une chose en mon nom, s'il la reçoit au sien, ou au nom d'un autre, il ne m'en acquiert pas la possession, *eâd.* L. 1, § 20.

27. La possession, lorsqu'elle a été une fois acquise, se conserve plus facilement qu'elle ne s'acquiert : car, 1° nous pouvons retenir la possession d'une chose sans que nous la tenions, et sans qu'aucun autre la tienne en notre nom : *licèt possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest ;* L. 4, Cod. *de acq. poss.*—Par exemple, lorsque le propriétaire d'une maison qui y loge ordinairement, s'en va passer quelque temps ailleurs avec tout son domestique, sans laisser personne dans cette maison, il ne laisse pas d'en conserver la posssession ; *arg.* L. 3, § 11, ff. *eod. tit.*

28. Il n'est pas même nécessaire, pour conserver la possession une fois acquise, que nous ayons une volonté formelle et positive de la conserver ; une volonté négative suffit : c'est-à-dire, il suffit qu'ayant une fois voulu posséder la chose, nous n'ayons pas depuis changé de volonté : car on

est toujours censé persévérer dans la volonté qu'on a une fois eue, tant qu'on n'en a pas changé.— C'est pourquoi, lorsqu'un homme perd l'esprit, il ne laisse pas de conserver la possession des choses qu'il possédait, quoiqu'étant devenu incapable de volonté, il ne puisse avoir une volonté positive et formelle de posséder. Il suffit qu'avant sa démence il n'ait pas changé de volonté.

29. 2° Quoique, pour acquérir la possession par le ministère d'un autre, il faille le concours de notre volonté, et de la volonté de celui qui l'acquiert en notre nom, au contraire nous pouvons retenir la possession d'une chose par la seule volonté que nous avons de la posséder, quoique celui par qui nous la tenions, cesse de sa part d'avoir la volonté de la tenir en notre nom. — C'est pourquoi, si celui que j'avais établi à la garde de mon héritage, et par qui je le possédais, l'a abandonné à dessein de n'y plus revenir, je ne laisse pas d'en conserver la possession, quoique cet homme cesse de le tenir pour moi. C'est ce que Justinien a décidé, suivant le sentiment des Proculéiens et contre celui des Sabiniens, en la loi fin. Cod. *eod. tit.* — Les Sabiniens convenaient eux-mêmes que la mort survenue de celui par qui je possédais l'héritage, ou sa démence, n'empêchent pas que j'en conserve la possession ; L. 25, § 1 ; L. 40, § 1, ff. *de acq. poss.*

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Possession*, *n*° 17 *à* 30, 39 *à* 48. } 17. Le vice le plus ordinaire des possessions, est la *mauvaise foi.*

Cette *mauvaise foi* n'est autre chose que la connaissance qu'a le possesseur, que la chose qu'il possède, et dont il se porte pour propriétaire, ne lui appartient pas ; c'est *scientia rei alienæ.*

18. Ce vice ne se présume pas dans une possession qui procède d'un juste titre : elle en est néanmoins susceptible ; mais c'est à celui qui attaque la légitimité d'une telle possession, à prouver la mauvaise foi du possesseur, c'est-à-dire

la connaissance qu'il a eue que celui de qui il a acquis la chose, n'avait pas le droit de l'aliéner, comme nous l'avons déjà observé *suprà*.

Au contraire, le vice de mauvaise foi se présume dans une possession dont le possesseur ne rapporte aucun titre, à moins qu'elle n'eût duré pendant un assez long temps pour en faire présumer un.

19. Une seconde espèce de vice des possessions, est le *vice de violence.*

La *possession violente* renferme aussi le vice de mauvaise foi : mais outre ce vice, elle en a un autre, qui est le vice de violence, qui lui est particulier.

La *possession violente* d'une chose, est celle de celui qui, pour l'acquérir, en a dépouillé par violence l'ancien possesseur.

Par exemple, la possession violente d'une chose mobilière, est la possession d'un ravisseur qui en a dépouillé par violence celui par devers qui elle était.

La possession violente d'un héritage est celle de celui qui en a chassé par violence l'ancien possesseur.

20. Ma possession est-elle une possession violente, lorsque, m'étant, pendant l'absence du possesseur, introduit dans un héritage où je n'ai trouvé personne ; depuis, avant que j'en eusse acquis la possession par an et jour, je l'ai empêché d'y rentrer ?—La raison de douter est, que je n'ai employé aucune violence pour entrer dans cet héritage. Néanmoins Ulpien décide que la possession est en ce cas une possession violente : *Qui ad mundinas profectus neminem reliquerit, et dum ille à nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem... si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam :* L, 6, § 1, ff. *de Acq. poss.*

La raison de cette décision est, que le possesseur qui était sorti de son héritage, en conservait la possession par la volonté qu'il avait d'y rentrer, comme nous le verrons ci-après. Ce n'est que lorsque je l'ai empêché d'y rentrer, que je l'ai dépouillé de sa possession, et que je l'ai acquise ; ayant em-

ployé pour cela la violence, c'est par violence que j'ai acquis la possession de cet héritage, et la possession que j'ai de cet héritage, est une possession violente ; Voyez *infrà.*

21. Pour que je sois censé avoir acquis par violence la possession d'une chose, et en avoir dépouillé l'ancien possesseur, il n'importe que ce soit l'ancien possesseur lui-même que j'en aie dépouillé, ou ceux qui la tenaient pour lui et en son nom : *His dejectis, ipse de possessione dejici videtur ;* L. 1, § 22, ff. *de Vi et vi arm.* Voyez *infrà.*

22. Il n'importe non plus que celui que j'ai dépouillé de la chose dont je me suis emparé par violence, fût, ou non, le propriétaire de cette chose ; il suffit qu'il en fût le possesseur, pour que la possession que j'ai acquise en l'en dépouillant, soit une possession violente : *Fulcinius dicebat vi possideri, quoties vel non dominus, quum tamen possideret, vi dejectus est ;* L. 8, ff. *eod. tit.*

23. Pour que je sois censé avoir dépouillé par violence le possesseur de la chose dont je me suis emparé, et que ma possession soit en conséquence une possession violente, il n'importe que j'aie exercé la violence par moi-même, ou par d'autres qui l'aient fait par mon ordre et en mon nom ; car je suis censé avoir fait moi-même ce qui a été fait par mon ordre et en mon nom, suivant cette règle du droit : *Dejicit et qui mandat ;* L. 152, ff. *de Reg. jur. Parvi referre visum est suis manibus quis dejiciat, an per alium ;* L. 1, § 12, ff. *de Vi et vi arm.*

Je suis pareillement censé avoir fait moi-même ce que quelqu'un a fait en mon nom, quoique sans mon ordre, lorsque j'y ai donné depuis mon approbation : car c'est un principe, que *In maleficio ratihabitio mandato comparatur ; eod.* L. 152, § 2, ff. *de Reg. jur. Si quod alius dejicit ratum habuero, sunt qui putant, secundùm Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri dejecisse... et hoc verum est ; eod.* L. 1, § 14, ff. *de Vi et vi arm.*

24. Il n'importe non plus quelle espèce de violence ait été employée. Il n'importe que ce soit à main armée ou sans

armes, avec attroupement ou sans attroupement ; il suffit que par la violence que j'ai exercée, le possesseur de la chose dont je me suis emparé en ait été dépouillé malgré lui, et sans aucun consentement de sa part.

25. Mais si j'avais fait consentir le possesseur à me faire un abandon de sa chose, quoique j'eusse employé la violence et les menaces pour extorquer de lui ce consentement, la possession de la chose que j'aurais acquise par cet abandon, serait une possession injuste, comme procédant d'un titre injuste ; mais elle ne serait pas une *possession violente;* car on ne peut pas dire en ce cas, que celui qui m'a fait l'abandon de la chose, en ait été dépouillé (1) : *Non est vi dejectus qui compulsus est in possessionem inducere* ; L. 5, ff. *de Vi et vi arm.*

26. Enfin, il n'y a de *possession violente* que celle qui a été acquise par violence. Si ayant acquis sans violence la possession d'une chose, j'ai employé la force contre celui qui est venu m'y troubler, ma possession n'est pas pour cela une possession violente : *Qui per vim possessionem suam retinuerit, Labeo ait non vi possidere ;* L. 1, § 28, ff. *eod. tit.*

27. Une troisième espèce de vice des possessions, est le *vice de clandestinité.*—On appelle *clandestinité*, la possession que quelqu'un a acquise d'une chose par des voies clandestines, c'est-à-dire, en se cachant de celui qu'il craignait devoir la revendiquer : *Clàm possidere eum dicimus qui furtivè ingressus est possessionem, ignorante eo quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et ne faceret, timebat :* L. 6, ff. *eod. tit.*

28. C'est au temps auquel quelqu'un a acquis la possession d'une chose, qu'on doit avoir égard pour décider si sa possession est clandestine. C'est pourquoi, lorsque le possesseur d'une chose, qui n'en a point acquis la possession par des voies clandestines, ayant eu depuis avis qu'elle appartenait à une certaine personne, a caché cette chose, pour empêcher cette personne de la revendiquer en lui en dérobant la connaissance, sa possession ne devient pas pour cela clan-

(1) Il y a plus de subtilité que de solidité dans cette décision. (Bugnet).

destine : *Is qui, quum possideret non clàm, se celavit, in eâ causâ est ut non videatur clàm possidere. Non enim ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est ; eâd.* L. 6.

Africanus apporte cet exemple : *Servum tuum à Titio emi, et traditum possedi ; deindè quum comperissem tuum esse, celare cœpi ; non ideo magis clàm possidere videri me ait ;* L. 40, § 2, *eod. tit.*

29. De même que la possession que je n'ai point acquise par des voies clandestines, ne devient point une possession clandestine, quoique depuis je l'aie cachée ; pareillement la possession d'une chose que j'ai acquise par des voies clandestines, en la cachant à une personne qui eût pu la revendiquer, ne cesse pas d'être clandestine, quoique j'en aie depuis donné connaissance à cette personne. C'est pourquoi Africanus, après ce que nous venons de rapporter, ajoute de suite : *Retro quoque si sciens tuum servum non à domino emerim, et tunc clàm eam possidere cœpissem, posteà certiorem te fecerim, non ideo desinere me clàm possidere* (1) ; *eod.* § 2.

30. Une quatrième espèce de vice ou de défaut dans les possessions, est celui qui résulte de l'inhabilité du titre dont elle procède, à transférer la propriété.

39. Pour acquérir la possession d'une chose, il faut la volonté de la posséder, jointe à la préhension de cette chose : *Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore ;* L. 3, § 1, ff. *de Acq. poss.*

Nous traiterons dans un premier paragraphe, de la volonté de posséder ;—dans le second de la préhension de la chose ;—dans un troisième, des personnes qui sont capables ou incapables d'acquérir la possession ;—dans un quatrième, des personnes par lesquelles nous pouvons acquérir la possession d'une chose.

§ I. *De la volonté de posséder.*—40. Il est évident qu'on ne peut acquérir la possession d'une chose, sans avoir la volonté de la posséder.

(1) Il est difficile de voir pourquoi dans ce cas la possession continue d'être clandestine. (Bugnet).

Par exemple, on me fait entrer dans le cabinet d'une personne à qui je vais rendre visite : en l'attendant je prends un livre que je trouve sur son bureau, pour voir ce que c'est ; il est évident que, quoique je l'aie entre mes mains, je n'en acquiers pas la possession ; car je n'ai pas la volonté de le posséder.

Pareillement à l'égard des héritages : si, dans un voyage, je vais coucher au château de mon ami en son absence : quoique je sois seul dans ce château, je n'en acquiers pas la possession ; car je n'ai pas la volonté de l'acquérir : *Qui jure familiaritatis amici fundum ingressus est, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est ut possideat, licèt corpore in fundo sit ;* L. 41, ff. *de Acq. poss.*

De ce principe, " que pour acquérir la possession d'une chose, il faut avoir la volonté de la posséder ", il s'ensuit que, si j'ai acheté de vous une chose, et que vous m'en livriez une autre, que je prends par erreur pour celle que j'ai achetée et dont j'ai intention d'acquérir la possession, je n'acquiers la possession ni de celle que j'ai acquise par erreur, parce que ce n'est pas celle dont j'ai la volonté d'acquérir la possession, ni de celle que j'ai la volonté d'acquérir, parce que je ne l'ai pas reçue : *Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi fortè in nomine tantùm erraverimus, in corpore consentiamus ;* L. 34, ff. *eod. tit.*

§ II. *De la préhension.*—41. La possession s'acquiert *corpore et animo*, comme nous l'avons dit. Il ne suffit donc pas que j'aie la volonté de posséder une chose dont vous avez consenti de m'abandonner la possession, pour que je puisse en acquérir la possession ; il faut une *préhension corporelle* de la chose. Si c'est un meuble, il faut que ce meuble me soit remis entre les mains, ou en celles de quelqu'un de ma part, qui le reçoive pour moi et en mon nom ; si c'est un héritage, il faut que je me transporte sur cet héritage pour m'en mettre en possession, ou que j'y fasse transporter quelqu'un

qui s'en mette en possession de ma part. Au reste, je suis censé avoir acquis la possession de tout l'héritage, aussitôt que j'y suis entré et que j'y ai mis le pied, ou par moi-même, ou par quelqu'un de ma part, sans qu'il soit nécessaire que ni moi, ni celui que j'ai envoyé de ma part, nous nous transportions sur toutes les pièces de terre dont l'héritage est composé : *Quod dicimus et corpore et animo acquirere non debere possessionem, non utique ità accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet ; sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hoc sit, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere* (1) ; L. 3, § 1, ff. *de Acq. poss.*

Cela a lieu à l'égard de celui qui acquiert la possession d'un héritage que l'ancien possesseur consent de lui abandonner.— Il en est autrement d'un usurpateur qui s'empare par violence d'un héritage dont il chasse l'ancien possesseur ; cet usurpateur n'acquiert la possession que pied à pied, des parties de l'héritage dont il s'empare : *Si cum magnâ vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem quam intraverit obtinet* ; L. 18, § 4, ff. *eod. tit.*

42. Du principe " qu'il faut une préhension corporelle de la chose pour en acquérir la possession," naît la décision d'une question dans l'espèce suivante :

Un ouvrier, en faisant de mon ordre un fossé sur mon héritage, y a découvert un pot dans lequel était un trésor ; il m'en est venu donner avis. On demande si la connaissance que j'ai de ce trésor est dans mon héritage, jointe à la volonté que j'ai de le posséder, m'en fait acquérir la possession, au moins pour la part qui m'en appartient comme propriétaire de l'héritage ? Les Proculéiens tenaient l'affirmative ; mais il a prévalu, conformément à notre principe, que je n'en pouvais acquérir la possession qu'en le faisant tirer

(1) Cette préhension corporelle est peut-être moins exigée aujourd'hui : pourquoi, par la volonté des deux parties, la possession ne serait-elle pas acquise, lorsque le précédent possesseur a par le fait levé tous les obstacles, à l'occupation de l'autre. (Bugnet).

du lieu où il était : *Nerratius et Proculus (putant)...... si theseaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere ; quià quod desit naturali possessioni, id animus implet... Quidam putant Sabini sententiam veriorem esse, nec aliàs eum qui scit, possidere, nisi de loco motus sit ; quia non sit sub custodiâ nostrà ; quibus consentio* (1) ; *ead.* L. 3, § 3, ff. *de Acq. poss.*

43. Le principe " qu'il faut une préhension corporelle de la chose pour en acquérir la possession," souffre exception dans le cas de plusieurs espèces de traditions, par lesquelles celui à qui elles sont faites est censé acquérir la possession de la chose dont on entend lui faire la tradition, avant qu'il soit intervenu aucune préhension corporelle de cette chose. Ces espèces de traditions sont rapportées en notre *Traité du Domaine de Propriété*, part. 1, chap. 2, sect. 4, etc. Nous y renvoyons.

§ III. *Des personnes qui sont capables ou incapables d'acquérir la possession d'une chose.*—44. La volonté d'acquérir la possession d'une chose, étant absolument nécessaire pour l'acquérir, c'est une conséquence que les personnes qui n'ont pas l'usage de raison, telles que les fous, les insensés et les enfants, et qui sont par conséquent incapables de volonté, sont incapables d'acquérir par eux-mêmes la possession d'aucune chose. C'est ce qu'enseigne Paul : *Furiosus et pupillus non potest incipere possidere, qui affectionem non habent, licèt maximè corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat ;* L. 1, § 3, ff. *de Acq. poss.*

45. Ce qui est dit du mineur *impubère*, ne doit s'entendre que de celui qui est dans l'âge d'enfance ; il en est autrement lorsque l'*impubère* a un âge suffisant pour comprendre ce qu'il fait. C'est pourquoi Paul ajoute tout de suite : *Ofilius et Nerva filius, etiam sinè tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt, eam enim rem facti, non juris esse : quœ sententia recipi potest, si ejus œtatis sunt ut intellectum capiant.*

(1) Dans cette espèce l'opinion des Proculéiens nous paraît assez raisonnable. (BUGNET).

Outre la raison que Paul apporte " que la possession n'est qu'une chose de fait," on peut ajouter que le mineur n'ayant pas besoin de l'autorité de son tuteur pour faire sa condition meilleure, il ne peut à la vérité rien aliéner, ni s'obliger sans l'autorité de son tuteur : mais il n'en a pas besoin pour acquérir : il peut sans l'autorité de son tuteur, accepter des donations, et par la tradition qui lui est faite des choses données, en acquérir non-seulement la possession, mais le domaine.

46. A l'égard des enfants et des fous, qui sont incapables de volonté, ils ne peuvent pas à la vérité, comme nous l'avons dit, acquérir par eux-mêmes la possession d'une chose, mais ils peuvent l'acquérir par le ministère de leurs tuteurs ou curateurs ; la volonté qu'ont les tuteurs et curateurs d'acquérir pour ces personnes, supplée à la volonté qui leur manque.

47. Par la même raison, les corps et les communautés, les hôpitaux, ne peuvent à la vérité acquérir par eux-mêmes la possession d'aucune chose : *Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi possidere non possunt ;* L. 1, § 22 : mais ils le peuvent par le ministère de leurs syndics et administrateurs.

48. Quoiqu'une femme sous puissance de mari, qui n'est ni séparée, ni marchande publique, ne puisse rien acquérir sans être autorisée de son mari, ou par justice, comme nous l'avons vu en notre *Traité de la Puissance du mari*, néanmoins la possession n'étant qu'une chose de fait, je crois qu'elle peut, sans être autorisée, acquérir la possession d'une chose ; mais elle ne peut, sans être autorisée, exercer les droits qui résultent de cette possession.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Prescript.*, *n*o 1, 18, 26 *à* 56, 174-175. } 1. La *prescription* dont nous traitons ici, n'a rien de commun que le nom, avec celle qui a fait la matière du

huitième chapitre de la troisième partie de notre *Traité des Obligations.*

Nous traitons ici de celle par laquelle quelqu'un acquiert, par la possession qu'il a eue d'une chose pendant le temps réglé par la loi, le domaine de propriété de cette chose, et l'affranchissement des rentes, hypothèques et autres charges réelles dont elle était chargée.

C'est un des principaux droits que la possession donne aux possesseurs de bonne foi.

C'est aussi une des manières d'acquérir du droit civil, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Domaine de Propriété,* n° 253.

Cette manière d'acquérir le domaine, s'appelait, dans le droit romain ; *Usucapion.*

Modestinus définit l'*usucapion, Adjectio,* (1) *dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* ; L. 3, ff. *de Usucap.*

Nous la définissons, " le droit qui nous fait acquérir le domaine de propriété d'une chose, par la possession paisible et non interrompue que nous en avons eue pendant le temps réglé par la loi (2)."

18. La prescription étant, suivant la définition que nous avons donnée, l'acquisition du domaine de propriété d'une chose par *la possession* qu'on en a eue pendant le temps réglé par la loi, c'est une conséquence que le temps pour la prescription d'une chose ne peut courir qu'au profit des personnes qui la possèdent.

Pour que le temps pour la prescription d'une chose coure au profit d'une personne, il n'importe qu'elle la possède par

(1) En ce cens, que le droit d'usucapion, *post completum possessionis tempus, rei dominium adjiciat et tribuat possessori qui antè, ejus possessionem duntaxat habebat.* (Note de l'édition de 1772.) (Bugnet).

(2) C'est peut-être à tort que les rédacteurs du Code ont traité sous le même titre de la prescription comme mode d'acquisition et comme cause de libération. (Bugnet).

elle-même, ou par d'autres qui la détiennent en son nom et pour elle.

Il n'est pas non plus nécessaire que la personne au profit de qui court le temps pour la prescription, ait pendant tout le temps une volonté positive de la posséder. Lorsqu'une personne a une fois acquis la possession d'une chose, il suffit que la volonté qu'elle a eue de la posséder, n'ait point été révoquée, pour qu'elle soit censée en conserver toujours la possession, comme nous l'avons observé *suprà, Traité de la Possession*, n° 55 et 56 ; et par conséquent pour que le temps pour la prescription de cette chose continue de courir à son profit.

C'est conformément à ces principes que Paul décide que, lorsqu'un homme, après avoir acquis la possession d'une chose, perd l'usage de la raison, et devient par conséquent incapable d'une volonté positive de la posséder, le temps pour la prescription de cette chose ne laisse pas de courir et de s'accomplir à son profit : *Furiosus quod ante furorem possedere cœpit, usucapit ;* L. 4, § 3, ff. *de Usucap.*

26. La possession, pour opérer la prescription, et faire acquérir au possesseur le domaine de propriété de la chose qu'il a possédée pendant le temps réglé par la loi, doit être une possession civile et de bonne foi, qui procède d'un juste titre, qui a été publique, paisible, et non interrompue.

27. Quoique nous ayons défini la prescription, *suprà*, n° 1, l'acquisition que nous faisons du domaine de propriété d'une chose par la possession que nous en avons eue, il ne faut pas néanmoins en conclure que toute possession, même celle qui procède d'un injuste titre, puisse opérer la prescription : *Separata est causa possessionis et usucapionis*, dit Paul : *nam verè dicitur quis emisse, sed malâ fide ; quemadmodùm qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet licèt usu non capiat ;* L. 2, § 1, ff. *pro Empt.*

La possession, pour pouvoir opérer la prescription, doit être une *possession civile* et *de bonne foi.*

On appelle *possession civile*, la possession de celui qui pos-

sède *animo domini*, c'est-à-dire, comme s'en réputant le propriétaire.

La possession de ceux qui possèdent une chose *tanquam alienam* ; telle qu'est celle d'un séquestre, et celle des créanciers auxquels un débiteur a fait un abandon d'un héritage, pour en jouir jusqu'à ce qu'ils soient entièrement remplis de leurs créances par les revenus, est une *possession naturelle*, qui n'est pas de nature à opérer la prescription.

28. La *bonne foi* qui doit accompagner la possession pour opérer la prescription, peut se définir, la juste opinion qu'a le possesseur qu'il a acquis le domaine de propriété de la chose qu'il possède ; *justa opinio quæsiti dominii.*

Cette opinion, quoique fondée sur une erreur de fait, ne laisse pas d'être une juste opinion, et de donner à la possession le caractère de possession de bonne foi.

Par exemple, lorsque quelqu'un m'a vendu, comme chose à lui appartenant, un héritage dont il était en possession, et qui ne lui appartenait pas, l'opinion que j'avais qu'il en était le propriétaire, et qu'il m'en a transféré la propriété, quoique fondée sur une erreur de fait, est une juste opinion qui me rend possesseur de bonne foi. L'erreur de fait en laquelle j'étais, est excusable, ayant un juste sujet de croire propriétaire celui que j'en voyais en possession ; la possession faisant réputer le possesseur pour le propriétaire de la chose qu'il possède. C'est pourquoi Paul dit : *Qui à quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bonâ fide emit ;* L. 27, ff. *de Contrah. empt.*

29. Il en est autrement de l'erreur du droit. L'opinion que j'ai qu'on m'a transféré la propriété d'un héritage, opinion fondée sur une erreur de droit, n'est pas une juste opinion, et elle n'a pas par conséquent l'espèce de bonne foi qui est requise pour donner à ma possession le caractère de possession de bonne foi, nécessaire pour la prescription. Paul en fait une maxime : *Nunquam in usucapionibus juris error possessore prodest* ; L. 31, ff. *de usucap.*

On peut apporter pour exemple, le cas auquel votre procu-

reur, à qui vous avez donné procuration d'administrer vos biens, croyant, par erreur de droit que cette procuration lui donnait le pouvoir de vendre vos héritages, en a, en vertu de cette procuration, vendu un à quelqu'un qui était dans la même erreur. Cet acquéreur ne pourra pas l'acquérir par prescription : car l'opinion que l'acquéreur avait que la propriété de l'héritage lui avait été transférée, étant fondée sur une erreur de droit, n'est pas une juste opinion, ni par conséquent l'espèce de bonne foi requise pour la prescription.

30. La bonne foi requise pour la prescription, étant la juste opinion qu'a le possesseur que la propriété de la chose qu'il possède lui a été acquise, c'est une conséquence que, lorsque mon procureur a acquis pour moi un héritage, et en a été mis pour moi et en mon nom en possession ; quoique je possède par lui l'héritage avant que j'aie été informé de l'acquisition, je ne puis néanmoins commencer le temps pour la prescription, jusqu'à ce que j'aie été informé de l'acquisition : car je ne puis avoir l'opinion que je suis propriétaire d'un héritage, avant que de savoir qu'on en a fait pour moi l'acquisition. C'est ce qu'enseigne Paul : *Si emptam rem mihi procurator, ignorante me, meo nomine apprehenderit ; quamvis possideam, eam non usucapiam ;* L. 47, ff. *de Usucap.*

31. Lorsque quelqu'un, quoique par erreur, est dans l'opinion que l'acquisition qu'il a faite d'une chose ne lui est pas permise par les lois ; ne pouvant pas en ce cas avoir l'opinion qu'il en a acquis la propriété, dans laquelle opinion consiste la bonne foi, il ne pourra l'acquérir par usucapion ou prescription : *Si quis id quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen usucapionem ;* L. 32, ff. § 1, ff. *eod. tit.*

On peut, pour exemple de cette décision, faire cette espèce : Pierre, demeurant à Paris, a fait donation pendant le mariage, à sa femme avec qui il était séparé de biens, d'un héritage qu'il possédait de bonne foi, et appartenait à Jacques, situé dans la coutume de Noyon, qui permet les donations

entrevifs entre mari et femme pendant le mariage. Quelque temps après, Jacques donne contre cette femme une demande en revendication de cet héritage. Elle oppose qu'elle l'a acquis par prescription, l'ayant possédé, tant par elle que par son auteur pendant le temps requis pour la prescription, en vertu d'un juste titre. Jacques réplique que la femme n'a pu acquérir l'héritage par prescription, ayant cru, quoique par erreur, que la donation que son mari lui avait faite, était nulle, et n'avait pu lui transférer la propriété de l'héritage ; et pour justifier que la femme a été dans cette opinion, il produit une lettre écrit par la femme à un de ses amis, qui porte : *Quoique la donation que m'a faite mon mari, ne soit pas permise par la coutume, je me flatte qu'elle tiendra, connaissant assez les sentiments de son neveu qui doit lui succéder, pour être assurée qu'il respectera la volonté de son oncle.* On doit, aux termes de la loi que nous venons de rapporter, décider dans cette espèce, que la femme n'a pas eu la bonne foi requise pour la prescription, et n'a pu en conséquence l'acquérir pas prescription.

32. Dans une province régie par le droit écrit, un fils de famille qui avait un pécule profectice, a acheté de ce pécule, après la mort de son père qu'il croyait vivant, un héritage. On a fait la question de savoir, s'il pouvait être censé avoir eu la bonne foi nécessaire pour l'acquérir par prescription ?

La raison de douter est, qu'ayant cru son père vivant, il n'a pu croire avoir acquis pour lui la propriété de cet héritage, mais plutôt l'avoir acquise à son père. Néanmoins Papinien décide que le fils doit être censé, dans cette espèce, avoir la bonne foi requise pour la prescription, parce que le père et le fils étant censés comme la même personne, le fils est censé avoir cru acquérir en quelque façon pour lui ce qu'il a cru acquérir pour son père : *Filius-familiâs emptor alienæ rei, quum patrem-familiâs se factum ignoret, cœpit rem sibi traditam possidere : cur non capiat usu, quum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitre-*

tur, qui rem ex causâ peculiari quæsitam nec possidere possit ; L. 44, § 4, ff. *eod. tit.*

33. Lorsque l'acheteur d'un héritage a connaissance qu'il n'appartient pas, pour une certaine partie divisée ou indivisée, à son vendeur, ce n'est que pour cette partie qu'il n'est pas possesseur de bonne foi ; il est possesseur de bonne foi du surplus, et il peut acquérir par prescription le surplus. Mais lorsque l'acheteur sait seulement en général que l'héritage n'appartient pas pour le total à son vendeur, sans savoir pour quelle partie il ne lui appartient pas ; l'acheteur ne pouvant, en ce cas, avoir l'opinion, à l'égard d'aucune partie de l'héritage, qu'elle appartient au vendeur, et qu'il lui en ait transféré la propriété, il n'est possesseur de bonne foi d'aucune partie de cet héritage, il n'en peut rien acquérir par prescription. C'est ce que Javolenus a fort bien observé : *Emptor fundi partem ejus alienam esse non* (1) *ignoraverat. Responsum est nihil eum ex eo fundo longâ possessione capturum. Quod itâ verum esse existimo, si quæ pars aliena esset in fundo, emptor ignoraverat : quod si certum locum esse scieret, reliquas partes longâ possessione capi posse non dubito ;* L. 4, ff. *Pro empt. Idem juris est si is qui totum fundum emebat, pro indiviso partem aliquam alienam esse scit ; eam enim duntaxat non capiet ; cæterarum partium non impedietur longâ possessione capio ; eâd.* L. 4, § 1.

34. Par le droit romain, il suffisait que le possesseur eût eu, au commencement de sa possession, la bonne foi qui est requise pour la prescription ; la connaissance qui lui survenait depuis, que la chose ne lui appartenait pas, n'empêchait pas que le temps de la prescription ne continuât de courir à son profit, et ne la lui fit acquérir lorsqu'il était accompli : *Si eo tempore quo res mihi traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, perseverat per longum tempus capio ;* L. 48, § 1, ff. *de Acq. rer. dom.*

Nous avons, dans notre droit français, abandonné sur ce

(1) Cujas restitue ainsi le texte, au lieu de *alienam non esse ignoraverat.* (Note de l'édition de 1772.) (BUGNET).

point le droit romain, et embrassé la disposition du droit canonique, qui exige la bonne foi pendant tout le temps qui est requis pour la prescription.

Cette disposition du droit canonique est très équitable. Par la connaissance qui survient au possesseur avant qu'il ait accompli le temps de la prescription, que la chose qu'il avait commencé de bonne foi à prescrire, ne lui appartient pas, il contracte l'obligation de la rendre ; laquelle obligation naît du précepte de la loi naturelle, qui défend de retenir le bien d'autrui. Cette obligation étant une fois contractée, dure toujours, jusqu'à ce qu'elle soit acquittée, et résiste à la prescription : elle passe aux héritiers de ce possesseur, et elle empêche pareillement que ses héritiers ne puissent prescrire.

35. Ce que nous disons, " que la bonne foi doit durer pendant tout le temps de la possession " s'entend d'une même possession. Mais si j'ai commencé à posséder de mauvaise foi un héritage appartenant à Jacques, que j'ai usurpé sur Pierre qui en était le possesseur, et que, sur une demande en revendication que Pierre était prêt à donner contre moi, j'aie acheté de Pierre cette héritage, ma possession de cette héritage, qui procède de la vente que Pierre m'en a faite, étant une nouvelle possession, quoiqu'elle succède immédiatement et sans intervalle à la possession de mauvaise foi que j'avais de cet héritage, il suffit qu'au temps de la vente que Pierre m'a faite de cet héritage, j'aie cru de bonne foi que Pierre de qui je l'achetais en était le propriétaire, et que cette bonne foi ait toujours duré depuis, pour que je puisse, par cette nouvelle possession, commencer et parachever le temps de la prescription contre Jacques qui est le propriétaire, sans que mon ancienne possession de mauvaise foi, qui a précédé celle-ci, y puisse apporter aucun obstacle.

36. Il nous reste à observer, à l'égard de la bonne foi, qu'elle se présume dans le possesseur qui possède en vertu d'un juste titre, tant qu'on n'établit pas le contraire.

37. La possession qui nous fait acquérir par droit de pres-

cription le domaine de propriété d'un héritage, doit être une *possession publique.*

Quelques coutumes s'en expliquent. Celle d'Etampes, art. 63, dit : *Quand aucun a joui d'un héritage pleinement, paisiblement,* PUBLIQUEMENT, *il acquiert prescription.* Celle de Melun, art. 170, dit : *Quand aucun a joui...... au vu et su de tous ceux qui l'ont voulu* VOIR *et* SAVOIR.

C'est pourquoi, si quelqu'un, pour agrandir ses caves, en a fouillé une sous le terrain de la maison voisine, et l'a unie aux siennes, sans que son voisin s'en soit aperçu, et a depuis vendu sa maison telle qu'elle se poursuit ; quoique l'acquéreur ait possédé de bonne foi la cave qui a été fouillée sous la maison voisine, il ne pourra l'acquérir par prescription, cette possession n'étant pas une possession publique.

La coutume d'Orléans, art. 253, a parlé de ce cas, en disant que *fouillement en terre, grattement......n'attribuent, par quelque laps de temps que ce soit, droit de possession à celui qui aura fait ladite entreprise.*

Il faut ajouter, *ni à ses successeurs, même à titre singulier,* la possession qu'ils en ont n'étant pas une possession publique.

38. Pour que la possession de dix ou vingt ans fasse acquérir par droit de prescription au possesseur le domaine de propriété de l'héritage qu'il a possédé pendant ce temps, il faut qu'elle n'ait point été interrompue pendant tout ce temps : c'est ce qui résulte de la définition que nous avons rapportée *suprà*, nº 1 : *Ajectio dominii per continuationem possessionis*, etc.

Il y a deux especes d'*interruptions*, l'*interruption naturelle*, et l'*interruption civile.*

§ Ier, *De l'interruption naturelle.*

39. Il y a *interruption naturelle* dans la possession d'une chose, lorsque celui qui la possédait, a cessé pendant quelque temps de la posséder.

Cette interruption naturelle de la possession, qui arrêtait le cours de l'usucapion, est ce que les jurisconsultes romains

appelaient *usurpatio : Usurpatio est usucapionis interruptio* ; L. 2, ff. *de Usuc.*

Par exemple, si après avoir possédé de bonne foi, et en vertu d'un juste titre, un héritage qui ne m'appartenait pas, pendant six ans, mon voisin s'en est emparé et en a acquis la possession par an et jour ; quoique, sur une action de revendication, j'aie fait condamner ce voisin à me le délaisser, et que, depuis le délaissement qu'il m'en a fait, je l'aie encore possédé pendant quatre ou cinq ans, je ne l'aurai pas acquis par la prescription de dix ans ; car la possession que j'ai eue de cet héritage pendant six ans, ayant été interrompue, puisque j'ai cessé de le posséder, ne peut plus me servir pour la prescription, et je ne puis compter le temps que depuis que j'ai commencé de nouveau à posséder l'héritage après le délaissement que m'en a fait le voisin qui s'en est emparé.

40. La possession est interrompue, non-seulement lorsque le possesseur l'a perdue par négligence et par sa faute ; elle l'est pareillement lorsqu'il a été dépossédé, même par violence : *Naturaliter interrumpitur possessio, quum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur* ; L. 5, ff. *de Usuc.*

Il n'importe à cet égard par qui le possesseur ait été dépossédé, par le propriétaire de la chose, ou par quelque autre personne que ce soit ; ni quel ait été le titre de sa possession, lucratif ou onéreux : *Nec eo casu quicquam interest, is qui usurpaverit* (1) *dominus sit nec ne ; eâd.* L. *Ne illud quidem interest pro* (2) *suo quisque possideat, an ex lucrativâ causâ.*

La loi 27, ff. *de Acq. poss.*, où il est dit : *Qui vi dejectus est, perindè habendus est, ac si possideret*, n'est point contraire ; car cela n'est dit que vis-à-vis du spoliateur.

Quelques auteurs pensent que cette disposition du droit romain ne doit pas être adoptée dans notre droit, et qu'on n'y doit point regarder comme interrompue la possession de

(1) *Id est, interruperit possessionem eum dejiciendo.* (Note de l'édition de 1772). (Bugnet).

(2) *Id est,* suivant la Glose, *pro suâ pecuniâ, seu ex onerosâ causâ.* Ailleurs ces termes se prennent dans un autre sens. (*Ibid.*) (Bugnet).

celui qui a été dépossédé par violence, lorsqu'il a été rétabli dans l'année. (1).

41. La possession que j'avais d'un héritage est interrompue, et je cesse de le posséder, lorsque j'en ai fait un bail à ferme à celui qui en est le propriétaire, que j'en ai mis en possession ; car ce propriétaire de l'héritage ne peut être censé le tenir pour moi et en mon nom, en qualité de fermier, personne ne pouvant être fermier de sa propre chose. C'est ce qu'enseigne Javolenus : *Ei à quo fundum pro hœrede diutiùs possidendo capturus eram, locavi eum : an ullius momenti eam locationem existimes quœro ? Quod si nullius momenti existimes , an durare nihilominùs usucapionem ejus fundi putes ?...... Respondit : Si is qui pro hœrede domum possidebat, domino eam locavit nullius momenti locatio est, quia dominus rem suam conduxisset : sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit ; ideoque longi temporis prœscriptio non durabit* ; L. 21, ff. *de Usuc.*

Il en est de même lorsque j'en ai mis le propriétaire en possession à titre de nantissement, ou de dépôt, ou de prêt, ou de précaire ; car le propriétaire d'une chose ne peut pas avoir sa propre chose en gage, ni en être le dépositaire ni le possesseur précaire, de même qu'il n'en peut être le locataire ni le fermier : *Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei suœ consistere potest* (2) L. 45, ff. *de Reg. jur.*

42. Si, lorsque je vous ai passé bail à loyer d'une chose que je possédais en vertu d'un juste titre, ou lorsque je vous l'ai donnée à titre de dépôt, de prêt ou de nantissement,

(1) C'est la doctrine que consacre l'article 2243. (Bugnet).

(2) Nonobstant l'autorité des jurisconsultes romains, nous pensons que la possession continue et par conséquent la prescription pourra s'accomplir au profit du bailleur, du déposant, du débiteur, tant que le preneur, dépositaire, créancier antichrésiste, n'aura pas apporté de contradiction à la qualité de celui pour qui il possède, ne pouvant pas par son seul fait changer sa possession, il reste fermier, dépositaire, créancier gagiste, etc. (Bugnet).

vous n'en étiez pas encore le propriétaire, mais que vous soyez devenu depuis l'unique héritier du propriétaire ; dès l'instant que vous en êtes devenu le propriétaire, je suis censé avoir cessé de la posséder ; car, dès que vous en êtes le propriétaire, vous n'êtes plus une personne par qui je puisse être censé en retenir la possession. C'est ce qu'enseigne Julien : *Si rem alienam bonâ fide emeris, et mihi pignoris dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus hæredem instituerit, desinit pignus esse, et sola precarii rogatio supererit ; idcirco usucapio tua interpellabitur ;* L. 29, ff. *de Pign. act.* Dès que je suis devenu propriétaire de la chose, vous avez cessé de pouvoir être censé la posséder par moi, comme la tenant de vous à titre de gage ; un propriétaire ne pouvant pas avoir sa propre chose en gage : il ne vous reste plus qu'une possession précaire que vous tenez de moi ; mais il est évident qu'on ne peut prescrire contre un propriétaire par une possession qu'on tient précairement de lui. (1)

43. Il n'est pas douteux que, lorsque le possesseur d'une chose la donne à titre de ferme, ou de loyer, ou de dépôt, ou de prêt, à quelqu'un qui n'en est pas le propriétaire, il continue de la posséder, et le temps de la prescription continue de courir à son profit ; car un fermier, un locataire, un dépositaire, un emprunteur, ne détiennent la chose que pour et au nom de celui de qui ils la tiennent, qui la possède par eux. (2)

44. Il y a plus de difficulté à l'égard d'un créancier à qui il l'a donnée en nantissement ; car le gage étant le droit de posséder une chose *in securitatem debiti*, quoique le créancier ne possède pas la chose qui lui a été donnée en gage, *tanquam rem propriam, sed tanquam rem alienam*, il la possède pour lui ; il en a une possession naturelle, qui paraît devoir faire cesser celle de celui qui la lui a donnée en nantisse-

(1) Même remarque que précédemment. (BUGNET).

(2) Et lors même qu'en réalité ils seraient propriétaires, tant qu'ils sont dans l'ignorance de leur droit, il ne peut y avoir pour règle entre les parties, que le contrat de bail, de dépôt, de commodat ou de nantissement. (BUGNET).

ment. Néanmoins c'est un droit reçu, " que celui qui a commencé à posséder une chose en vertu d'un juste titre, et qui la donne en nantissement à son créancier, est censé, quant à l'effet de la prescription, continuer de la posséder par ce créancier, et que le temps pour la prescription court à son profit, soit que la chose soit par devers le créancier, soit qu'il l'en ait retirée précairement." C'est ce qu'enseigne Julien : *Qui pignoris causâ fundum creditori tradit, intelligitur* (1) *possidere. Sed etsi eumdem precario rogaverit æquè* (2) *per diutinam possessionem capiet : nam quum possessio creditoris non impediat capionem, longè minùs precarii rogatio impedimento esse debet* ; *quum plus juris in possessione habeat qui precario rogaverit, quàm qui omnino non possidet ;* L. 36, ff. *de Acq. poss.*

45. Lorsque l'héritage que j'ai commencé de posséder en vertu d'un titre, est saisi réellement par mes créanciers, ma possession n'est point interrompue par la saisie réelle, et le temps de la prescription continue de courir à mon profit pendant la saisie ; car je continue de le posséder par le commissaire à la saisie réelle, qui le détient pour moi et en mon nom, comme nous l'avons vu dans le *Traité de la Possession*, nº 16.

46. Lorsqu'un héritage tenu en fief est saisi féodalement (3), le possesseur n'en est dessaisi par la saisie féodale que vis-à-vis du seigneur ; il continue de le posséder vis-à-vis de tous

(1) Jam quidem ipse non possidet, sed creditor : verùm utilitatis causâ receptum est ut quoad usucapionis causam intelligatur possidere per creditorem, et ut possit cæptam à se usucapionem adimplere per possessionem creditoris cui rem pignori dedit. Ità Cujacius, ad hanc Legem. (*Note de l'édition de* 1772.) (BUGNET).

(2) Ratio dubitandi, quod precaria possessio quam habet à creditore, non fit possessio civilis quæ sola proficit ad usucapionem. Respondet : Quum receptum sit ut hoc casu possit, etiamsi ipse omnino non possideat, cæptam usucapionem adimplere per possessionem creditoris, à fortiori potest eam hoc casu adimplere per possessionem quam precario habet à creditore. (*Note de l'édition de* 1772.) (BUGNET).

(3) Cette saisie est étrangère à nos lois actuelles. (BUGNET).

autres ; sa possession n'est pas interrompue, et le temps pour la prescription continue de courir, et peut même se parachever pendant la saisie.

47. Enfin le dérangement d'esprit qui survient dans le possesseur n'interrompt point la possession, ni le cours du temps de la prescription, comme nous l'avons vû *suprà*, *ibid.*, nº 56.

§ II. *De l'interruption civile.*

48. L'*interruption civile* est celle qui résulte de l'interpellation judiciaire c'est-à-dire d'une demande judiciaire donnée contre le possesseur pour lui faire délaisser la chose.

Par le droit romain, lorsque quelqu'un avait commencé de posséder une chose en vertu d'un juste titre, la demande judiciaire qui était donnée contre lui pour la lui faire délaisser, ni même la litiscontestation qui intervenait sur cette demande, n'empêchaient pas que le temps pour l'usucapion ne continuât de courir, et même que l'usucapion ne s'accomplit pendant le procès. C'est ce qu'enseigne Paul : *Si rem alienam emero, equum usucaperem, eamdem rem dominus à me petierit, non interpellari usucapionem litiscontestatione ;* L. 2, § 21, ff. *Pro empt.* Mais par la litiscontestation le possesseur contractait envers le demandeur l'obligation de lui rendre la chose, s'il justifiait qu'il en fût le propriétaire au temps de la litiscontestation ; et le juge le condamnait à la rendre, quoiqu'il l'eût acquise par droit d'usucapion, et même à donner caution au demandeur, " qu'il n'avait apporté aucun changement à l'état de cette chose depuis l'accomplissement de l'usucapion." C'est ce qu'enseigne le même Paul ; *Si post acceptum judicium possessor usu hominem cœpit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere : periculum est enim ne eum vel pignoraverit vel manu miserit ;* L. 18, ff. *de Rei vind.*

49. Cujas pense qu'il n'y avait que l'usucapion qui s'accomplit pendant le procès ; qu'il en était autrement à l'égard de la prescription *longi temporis*, et qu'elle était arrêtée de plein droit par la litiscontestation.

Il se fonde sur ce rescrit des empereurs Dioclétien et

Maximien : *Longi temporis præscriptio his qui bonâ fide acceptam possessionem et continuatam nec interruptam* INQUIETUDINE LITIS *tenuerunt, solet patrocinari ;* L. 2, Cod. *de Long. temp. præscr.*

Il se fonde encore sur un rescrit des empereurs Sévère et Antonin, aux termes duquel, non-seulement la litiscontestation qui intervient sur une demande en revendication donnée contre le possesseur, arrête le cours de la prescription, mais encore affecte sa possession d'un vice qui la rend incapable d'opérer la prescription, tellement que, quand même le demandeur aurait depuis abandonné sa demande, et que le possesseur aurait, depuis l'abandon de la demande, possédé la chose pendant tout le temps requis pour la prescription, il ne la pourrait acquérir par prescription. Il n'y a dorénavant que son successeur à titre singulier, qui puisse commencer par lui-même le temps de la prescription et la parachever : *Quum post motam et omissam quæstionem, res ad nova* (1) *dominia bonâ fide transierint, et exindè novi viginti anni intercesserint sine interpellatione, non est inquietanda quæ nunc possidet persona. Quæ sicut accessione prioris domini* (2) *non utitur, qui est inquietatus ; ità nec impedienda est, quod ei* (3) *mota controversia sit. Quod si prior possessor inquietatus est ; etsi posteà per longum tempus sine aliquâ interpellatione in possessione remansit, tamen non potest uti longi temporis præscriptione ;* L. 1, Cod. *de Præscr. long. temp.*

Constantin en donne la raison, qui est que depuis l'interruption que la litiscontestation sur la demande en revendication, donnée contre le possesseur, a apportée à sa possession, la possession qu'il a eue depuis cette interruption, n'a plus été qu'une possession vacillante ; elle n'a plus été la possession d'un homme qui croit avec assurance posséder

(1) Id est, ad novos possessores bonæ fidei, qui titulo singulari successerunt ei cui mota est controversia. (*Note de l'édition de* 1772). (BUGNET).

(2) Id est, prioris possessoris. (*Ibid.*) (BUGNET).

(3) Priori possessori. (*Ibid.*) BUGNET).

une chose qui lui appartient : *Nemo ambigit*, dit cet empereur, *possessionis duplicem esse rationem : aliam quæ jure consistit, aliam quæ corpore : utramque autem itâ demùm esse legitimam, quum omnium adversariorum silentio et taciturnitate firmatur* ; *interpellatione vero et controversiâ progressâ, non posse eum intelligi possessorem, qui, licèt possessionem corpore teneat, tamen ex interpositâ contestatione et causâ in judicium deductâ, super jure possessionis vacillet ac dubitet* ; L. 10, Cod. *de Acq. poss.*

50. Une simple dénonciation que j'aurais faite à quelqu'un, de mes prétentions sur la chose qu'il possède, n'interrompt point sa possession, ni le cours de la prescription : *Alienam aream bonâ fide emit, et ante impletam diutinam possessionem, ædificare cœpit ; ei denuntiante domino soli, intrà tempora diutinæ possessionis perseveravit : quæro utrùm interpellata sit, an cœpta duraverit ? Respondit, secundùm ea quæ proponerentur, non esse interpellatam ;* L. 13, ff. *Pro empt.*

51. Tels sont les principes du droit romain sur l'interruption civile.

Dans notre droit français, il n'est pas douteux que l'interruption civile arrête de plein droit le cours de la prescription. La coutume de Paris, en l'art. 113, et la plupart des autres coutumes, s'en expliquent formellement par ces termes : *Quiconque a joui et possédé... sans inquiétation.*

L'exploit d'assignation sur une demande en revendication donnée contre le possesseur, forme l'*interruption civile.* Du jour que cet exploit lui a été posé, sa possession cesse d'être une possession *sans inquiétation*, telle que les coutumes la demandent pour la prescription ; et par conséquent le temps de la prescription doit dès ce jour cesser de courir.

Observez qu'un exploit d'assignation, quoique devant un juge incompétent ; ne laisse pas d'être une interruption civile, qui arrête le cours de la prescription. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 1er juillet 1627, dans une matière de retraite lignager, où tout est de rigueur ; ce qui doit

avoir lieu à plus forte raison dans toutes les autres matières. L'arrêt est au *Journal des Audiences* (t. 1er, liv. 1, ch. 136).

52. Si l'assignation était donnée au fermier, que le demandeur croyait être le possesseur de l'héritage, cette assignation ne pourrait arrêter le cours de la prescription, qui court au profit du possesseur qui l'a donné à ferme : elle ne cessera de courir que du jour du nouvel exploit d'assignation qui aura été posé au possesseur, sur l'indication qu'en aura donnée le fermier ; et si, dans le temps intermédiaire entre l'assignation donnée au fermier, et celle donnée au possesseur, le temps de la prescription s'était accompli, l'assignation donnée au possesseur aurait été donnée à tard.

Si néanmoins le demandeur pouvait établir qu'il y a eu fraude et collusion entre le possesseur et son fermier, pour amuser le demandeur et lui cacher le nom du possesseur jusqu'à l'accomplissement du temps de la prescription, le demandeur à qui le possesseur opposerait la prescription, pourrait, contre la prescription, opposer avec succès la replication de dol.

53. Lorsque le demandeur a laissé tomber en péremption la demande qu'il a donnée contre le possesseur, et qu'il y a eu un jugement qui a déclaré la péremption acquise, l'effet de la péremption étant de faire regarder comme non avenue la demande, elle ne peut avoir aucun effet, ni par conséquent celui d'avoir apporté une interruption à la possession du possesseur, et d'avoir arrêté le cours de la prescription, laquelle conséquemment doit continuer de courir et de se parachever nonobstant cette demande ; Ordonnance de Roussillon.

Mais si les titres du demandeur, dont le possesseur a eu la communication dans l'instance qui a été périmée, établissaient le droit de propriété du demandeur ; si le demandeur donnait une nouvelle demande contre le possesseur, et que ce possesseur lui opposât la prescription, ce demandeur serait-il bien fondé à soutenir que la prescription, avant qu'elle fût accomplie, a cessé de courir au profit de ce pos-

sesseur, non par la première demande qui a été donnée contre lui, laquelle étant tombée en péremption, n'a pu produire aucun effet ; mais par la connaissance qu'il a eue du droit de propriété du demandeur par la communication qu'il a eue de ses titres ?

Cette connaissance ayant, dira-t-on, fait cesser la bonne foi du possesseur, qui consiste dans la juste opinion qu'a un possesseur que la chose qu'il possède lui appartient, a conséquemment fait cesser le cours de la prescription, laquelle ne peut courir sans être accompagnée de la bonne foi du possesseur ; puisque, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 34, suivant les principes de notre droit, la bonne foi du possesseur doit durer pendant tout le temps de la prescription, jusqu'à son entier accomplissement (1).

Nonobstant ces raisons, on doit dire que le cours de la prescription n'a point été interrompu ; que la communication qui a été faite au possesseur des titres du demandeur, sur la demande qu'il a laissé périmer, ne doit point être censée avoir donné au possesseur une connaissance parfaite que la chose appartenait au demandeur ; qu'il a eu au contraire un juste sujet de croire qu'il y avait quelque défaut dans les titres du demandeur, puisqu'il abandonnait sa demande, et qu'en conséquence il a eu sujet de continuer à se croire propriétaire de l'héritage, en quoi consiste la durée de la bonne foi, nécessaire pour la prescription. *V.* ce que nous avons dit dans notre *Traité du Domaine de Propriété*, n° 342, dans une espèce à peu près semblable.

54. Lorsque le propriétaire pour partie d'un héritage, a donné une demande en revendication pour la partie qui lui en appartient, contre un possesseur qui le possède pour le total en vertu d'un juste titre, cette demande n'interrompt la possession de ce possesseur et le cours de la prescription, que pour la part du demandeur ; le possesseur continuant de posséder le surplus *sans inquiétation*, le temps pour la prescription continue de courir à son profit.

(1) Le Code n'exige la bonne foi qu'au commencement. (Bugnet).

Néanmoins, si par la communication que le possesseur a eue des titres du demandeur, qui sont des titres communs à ce demandeur et à ses copropriétaires, ledit possesseur a été instruit du droit de propriété qu'ont lesdits copropriétaires, cette connaissance qui fait cesser la bonne foi de la possession par rapport aux parts desdits copropriétaires qui n'ont pas encore donné la demande, interrompt aussi et arrête le cours de la prescription pour les parts desdits copropriétaires (1).

C'est pourquoi, lorsque par la suite lesdits copropriétaires donneront demande contre ce possesseur pour leurs parts ; si le possesseur leur oppose qu'il a accompli le temps de la prescription pour ces parts avant leur demande, ils seront bien fondés à lui répondre, qu'il n'a pas accompli la prescription, et qu'elle a été interrompue par la connaissance de leur droit de propriété, qu'il a acquise par les titres qui lui ont été communiqués dans le procès qu'il a eu sur la première demande qui a été donnée contre lui.

55. Lorsque plusieurs possèdent en commun, de bonne foi, en vertu d'un juste titre, un héritage qui ne leur appartient pas ; si le propriétaire ne donne la demande que contre l'un d'eux, la demande n'interrompt le cours de la prescription que pour sa part ; elle continue de courir et peut se parachever pour les parts des autres,qui,n'ayant point été assignés possèdent leurs parts sans inquiétation. Mais si le possesseur pour partie, qui a été assigné seul, s'est porté pour possesseur du total, et a caché par dol au demandeur, qu'il avait des copossesseurs, pour leur donner le temps de parachever pour leurs parts la prescription, il sera tenu des dommages et intérêts du demandeur, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Domaine de Propriété*, nº 301 ; et si les copossesseurs avaient été participants de cette fraude, le propriétaire qui donnerait par la suite la demande contre eux, pourrait opposer à la prescription qu'ils lui opposeraient, la replication du dol, comme dans le cas du nombre 51, *suprà*.

(1) Il faut décider autrement aujourd'hui. (Bugnet).

[ARTICLE 2193.]

56. Lorsque la chose qui fait l'objet de la prescription, est une chose indivisible, qui n'est susceptible ni de parties réelles, ni même de parties intellectuelles, telle qu'est un droit de passage ; chacun de ceux qui en sont propriétaires en commun, en étant propriétaire pour le total, puisqu'on ne peut pas être propriétaire pour partie d'une chose qui n'est pas susceptible de parties, la demande donnée par l'un des propriétaires, doit interrompre la prescription pour le total, et par conséquent l'interrompre pour tous les propriétaires.

Pareillement, si cette chose est possédée par plusieurs en commun, chacun des possesseurs en étant possesseur pour le total, la demande donnée contre l'un d'eux interrompt la possession pour le total, et par conséquent contre tous ; une même possession ne pouvant pas être pour le total interrompue et non interrompue.

174. A ces différences près entre la prescription de dix ou vingt ans et celle de trente, la possession pour la prescription de trente ans doit avoir les mêmes qualités que celles qui sont requises pour la prescription de dix ou vingt ans ; elle doit pareillement être une possession qui ait été *publique*.

La coutume s'en explique par ces termes : *si aucun a joui publiquement*. Ce que nous avons dit en la première partie, ch. 2, art. 2, de cette qualité de possession publique, reçoit ici une entière application : nous y renvoyons.

175. La possession pour la prescription de trente ans, doit pareillement, de même que pour celle de dix ou vingt ans, être une possession qui n'ait souffert aucune interruption, ni naturelle, ni civile, pendant l'espace de trente années qu'elle a duré. C'est ce qu'enseigne la coutume par ces termes : *par l'espace de trente ans continuellement......et sans inquiétation*

Tout ce que nous avons dit, en la première partie, de l'interruption naturelle et de l'interruption civile de la possession, à l'égard de la prescription de dix ou vingt ans, reçoit une application entière à l'égard de celle-ci.

[ARTICLE 2193.]

* *Dunod, Prescrip., ch.* 4. } Le domaine des choses a commencé par l'occupation, qui est une espece de prise de possession, par laquelle on acquiert ce qui n'a point de maître, lorsqu'il n'est pas défendu de s'en emparer; et comme la propriété seroit inutile à celui à qui elle appartient, s'il n'en faisoit point d'usage, elle produit naturellement la possession; laquelle est réciproquement disposée par elle-même, à faire présumer la propriété dans le possesseur, et même à l'acquérir; c'est pourquoi la possession a été jugée habile à transférer le domaine par la Prescription, qui n'est autre chose qu'une possession continuée pendant un certain temps, et qui est absolument nécessaire pour prescrire. *Sine possessione, usucapio contingere non potest.* (1)

La possession doit donc être regardée comme le principe et le fondement de la Prescription; il n'y a que les choses corporelles qui en soient véritablement susceptibles; car l'on ne possede qu'improprement les servitudes et les autres droits incorporels; et la loi se sert à leur égard, du terme de quasi possession. (2) L'on est censé les posséder par l'usage que l'on en fait dans l'occasion, avec intention d'en user comme d'un droit propre, et non par familiarité, ou par faculté. (3)

Elle consiste en matiere de Prescription, dans la détention corporelle des choses que nous possédons comme nôtres; *animo eas habendi, aut affectione domini;* (4) et elle est ou naturelle, ou civile seulement.

La possession naturelle, que l'on peut appeller mixte, parce qu'elle comprend aussi la civile, participe du fait et du droit; car elle renferme la jouissance actuelle, avec le dessein de posséder comme maître. La possession civile est réduite à

(1) L. 25, ff. de usurp. et usucap. cap. Sine poss. de Reg. Jur. in 6°.

(2) L. 3, § pen. ff. de vi et vi armatâ. L. Si quis diuturno 10, ff. de servit.

(3) L. ult. ff. de servit. Covarr. in cap. Posses. 2. part. init. n. 8. Fachin. controv. liv. 8. cap. 20.

(4) Trutlerus, vol. 2, disp. 21, thes. 1.

l'intention de posséder ; comme il arrive à un homme, qui après avoir possédé naturellement, *corpore et animo*, par une détention actuelle, *cum affectione domini*, cesse de détenir la chose, mais qui conserve l'intention de la posséder, à celui, par exemple, qui cessant de cultiver l'héritage qu'il possédoit, en retient cependant la possession par une fiction de droit ; parce qu'il a le dessein de la conserver, quoiqu'il ne possede pas *actu*, par des faits visibles et extérieurs. (1) L'une et l'autre de ces possessions, tire sa substance de la volonté que l'on a de posséder pour soi, *ex affectione rem habentis.*

La possession des fermiers, des usufruitiers, des dépositaires, et des autres qui reconnoissent un propriétaire, n'est par conséquent pas une véritable possession ; quoique la loi l'appelle quelquefois de ce nom, et que quelques-uns d'entre eux aient la chose en leur puissance. Ce n'est qu'une simple détention de fait, sans aucun mélange de droit de propriété ; ce qui fait dire d'eux, *sunt in possessione, sed non possident.* Cette espece de détention, qui se borne à la garde de la chose, ou à la perception des fruits, ne leur acquiert pas le domaine ; parce qu'elle est subordonnée et empruntée de la possession civile que l'on reconnoît dans une autre personne ; et elle ne sert pour prescrire, qu'à celui qui possede naturellement, par ceux qui tiennent la chose pour lui, tandis qu'il conserve l'esprit de propriété. (2)

L'on prescrit donc les choses, quand on les possede par soi-même ou par d'autres, naturellement, *corpore et animo.* Cette espece de possession est nécessaire, au moins au commencement ; car la détention sans l'intention de posséder pour soi, *sine animo rem sibi habendi ;* ou cette intention sans la détention, ne suffiroit pas pour commencer à prescrire,

(1) L. 3, § Si quis nuntiet. L. 25 ff. de acquir. vel amitt. poss. L. 4, cod. eod. L. 1, § Quod vulgo, ff. de vi et vi armatâ. L. Si Servus, 22, § 1, ff. de nox. act. L. Inficiando 67. ff. de furt.

(2) L. 1, ff. de itin. actuque privat. L. 1, § 20, et L. 9, de acquir. vel amitt. poss. L. 6, ff. 2, et L. 6, § 4, de præcario cod. L. 1, cod. comm. de usucap. Fach. contr. lib. 8, cap. 18.

parce que la possession ne seroit pas parfaite, et que les intéressés n'en seroient pas avertis, comme il est juste qu'ils le soient, par des actes extérieurs et visibles. (1) Aussi la loi déclare que c'est au commencement de la possession, qu'il faut s'attacher en cette matiere : *non enim ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanscicendæ, exquirenda est.* (2)

Mais après que nous avons commencé la Prescription, en possédant naturellement par notre fait, par celui des personnes qui possedent pour nous, ou par celui de nos auteurs ; nous pouvons continuer et achever de prescrire, avec la possession civile seulement ; c'est-à-dire, par l'intention que l'on a de retenir sa possession, quoique l'on n'en fasse pas des actes extérieurs et actuels. C'est ce qui arrive à ceux qui laissent tomber en friche des héritages dont ils ont perçu les fruits, ou qui discontinuent d'exercer des droits dont ils ont usé auparavant : ils sont encore réputés possesseurs à l'effet de prescrire, jusqu'à ce qu'un autre les déjette et interrompe leur possession ; parce qu'il n'est pas toujours possible de posséder naturellement sans discontinuation, (3) et que la possession se continue plus facilement qu'elle ne se commence. Ainsi l'intention, qui ne suffit pas pour la commencer, est suffisante pour la continuer, tandis qu'elle n'est pas interrompue par des voies légitimes. (4).

Il faut cependant observer que, suivant l'opinion commune, la possession civile seule n'est censée continuer que

(1) L. 2, ff. pro hærede. L. 3, § 1, et 3, et L. 8, de aq. vel amitt. poss. eod. L. 1, Cod. com. de usucap.

(2) L. Clam possidere 6. ff. de acquir. vel. amitt. poss.

(3) § Possidere 5. Instit. de Interd. L. 3, § quod si. ff. eod. L. 4. L. fin. Cod. eod.

(4) L. 1. § quod vulgo, et § fin. autem. ff. de vi et vi armatâ. L. 1. § per servum. L. 3. § in amittenda. L. 6. et L. 7. de acquir. vel amitt. poss. L. Numquam 31. de usurp. et usucap. L. 2. § pro empto. eod. L. Licet 4. Cod. de acquir. et retinend. poss. L. Super longi 11. de præscript. long. temp. eodem § diutina Instit. de usucap.

pendant dix ans ; (1) car comme elle s'acquiert, elle se perd par l'intention qui est cachée : cette intention n'est plus présumée subsister après dix ans. Ainsi lorsqu'une personne a cessé de posséder par des actes extérieurs, s'il falloit encore plus de dix ans pour qu'elle achevât de prescrire, elle ne le feroit pas, si pendant cet espace de temps elle n'avoit pas manifesté par quelque acte de possession naturelle, qu'elle avoit le dessein de continuer à posséder.

Il me paroît dans l'usage, que le juge arbitre si cette intention a duré après dix ans, sur-tout quand il s'agit des droits incorporels, que l'on n'a pas la coutume ou l'occasion d'exercer souvent ; il peut en juger par les circonstances, comme quand il s'agit de présumer l'oubli, qu'on ne présume pas après l'écoulement de dix années, lorsqu'il y a des raisons qui persuadent le contraire, quoique réguliérement il se présume dans ce temps. (2) L'on peut aussi restreindre l'opinion des docteurs, au cas qu'il soit certain que le possesseur n'ait fait aucun acte de possession naturelle, depuis plus de dix ans ; car s'il n'en constoit pas, la possession naturelle et civile qu'il a eu au commencement, seroit censée dans le doute, avoir duré jusqu'à la fin. (3).

Lorsque la possession naturelle n'a été jointe à la civile qu'au commencement, il faut qu'elle ait été exercée par des actes publics, et qu'elle ait duré assez long-temps, pour que les intéressés aient pu en être informés ; ensorte qu'on puisse leur imputer de ne s'être pas pourvus, pour en empêcher les suites et les progrès. Mr. d'Argentré (4) fixe cette durée à un an ; ce qui est soutenu par l'ordonnance, qui veut que le possesseur d'an et jour soit maintenu. Sur ce plan, celui qui

(1) Covarr. in cap. possessor. part. 2. § 1. n. 3. Vasq. contr. illustr. lib. 2. cap. 76. p. 4. Fab. in Cod. lib. 7. tit. 7. def. 22. Balb. in L. Celsus, q. 1. n. 7.

(2) Glos. in Leg. Furtum ff. de usurp. et usucap. Covarr. loc. cit.

(3) Alciat. reg. 2. præs. 22. Covarr. loc. cit. in fin.

(4) Sur l'art. 275 de la Coutume de Bret. *verb.* celui qui est possesseur, n. 5.

a joui, de maniere que s'il eût été troublé, il eût obtenu gain de cause au possessoire, paroît avoir eu une possession suffisante pour commencer à prescrire. Cette question se réduit encore souvent dans la pratique, aux circonstances et à l'arbitrage du juge.

Celui qui a possédé naturellement, par la perception des fruits ou par l'exercice des actes propres à certains droits, est présumé avoir aussi possédé civilement, *animo domini*, parce que c'est l'espece de possession la plus commune, et que l'on doit croire dans le doute, que la possession est juste et parfaite. (1)

Il faut que la possession, qui doit être, comme on l'a prémis, naturelle et civile dans le commencement, soit continuée au moins civilement, jusqu'à la fin du temps déterminé par la loi pour la Prescription. (2) Si l'on prouve que l'on a possédé au commencement et à la fin, il est hors de doute que l'on est présumé avoir possédé pendant le temps intermédiaire, suivant la regle qui dit, *probatis extremis*, *præsumuntur media*. Il y a plus de difficulté, lorsque l'on n'a prouvé que la possession ancienne, à savoir si l'on sera censé avoir continué à posséder jusqu'à la fin. L'opinion commune est, qu'il suffit de prouver que l'on a possédé anciennement, pourvu qu'on allegue que l'on jouit encore, quand même on ne le prouveroit pas ; suivant une autre regle reçue des docteurs, qui porte : *olim possessor*, *hodiè possessor præsumitur ; et ex possessione de præterito*, *arguitur possessio de præsenti et medii temporis*, *nisi contrarium probetur*. Ce qu'il faut entendre, avec les modifications que l'on a rapportées, en parlant de la durée présumée de la possession civile. (3)

(1) Menoch. lib. 6. præs. 68. Cancer. var. res. part. 1. cap. 11. n. 30. part. 2, cap. 4. n. 33. et cap. 16. n. 19.

(2) L. 3. L. 25. ff. de usurp. et usuc. L. 3. prohærede eod. L. 2. Cod. de long. temp. præscr. § diutina 12. Instit. eod. cap. 3. de reg. Jur. in 6°.

(3) Gl. et DD. in L. Sive possidetis. Cod. de prob. in cap. accedens, verbo processu. Extr. de conv. conj. et in cap. per tuas de cond. app. eod. Covarr. in cap. possessor, part. 2. § 1. n. 3. Menoch. lib. 6. præs. 64

[ARTICLE 2193.]

Mais si la possession ancienne fait présumer la nouvelle, il n'en est pas de même de la nouvelle à l'égard de l'ancienne en matiere de prescription. Car, quoique l'on soit actuellement en possession, l'on n'est pas pour cela censé avoir possédé pendant tout le temps requis pour prescrire ; il faut le prouver, quand on a à combattre un titre, ou une possession antérieure. La possession pendant le temps que la loi détermine, est le titre du prescrivant ; il est chargé d'en faire la preuve. C'est, comme on l'a dit, dans le commencement de la possession, que la Prescription prend son fondement et son principe ; il faut donc constater un commencement habile, depuis lequel on puisse compter les années de la prescription, et le changement de la possession ne se présume pas si aisément que sa continuation. (1)

Si cependant l'on avoit un titre avec une possession actuelle qui y fût relative, l'on seroit présumé avoir possédé depuis ce titre ; et quand on a joui pendant trente ans, l'on est censé avoir droit de ceux qui ont possédé dans les temps plus reculés, et leur avoir succédé à quelque titre. (2) La possession qui se conserve par la seule intention que l'on a de posséder comme maître, *quæ solo animo retinetur*, se perd aussi, lorsque l'on ne veut plus, ou que l'on ne croit plus avoir la propriété, *solo animo amittitur*, et cela quand même on posséderoit encore *corpore*. Elle se changeroit en ce cas en simple détention, avec laquelle on ne prescrit jamais. (3) Mais la possession naturelle même, se conserve par ses restes et ses vestiges, comme seroient, par exemple, les ruines d'un

et 66. Afflictus decis. 327. Mascard de probat. concl. 1202. Tiraq. de præscr. verb. *continuels*, gl. 5. Vasquius contr. illustr. lib. 2. cap. 58. Balb. in L. Celsus, q. 1. n. 7.

(1) Menoch. lib. 6. præs. 63. Cancer. var. res. part. 3. cap. 3. n. 376. et seq. et cap. 6. n. 121. et seq.

(2) Cancer. var. res. part. 1. cap. 14. n. 83. et part. 3. cap. 2. n. 120, et seq.

(3) L. 3. § in amittenda. L. 17. § quemadmodum. L. Peregre. § ult. ff. de acq. vel. amitt. possess. Fachin. contr. lib. 8. cap. 21.

bâtiment; *nam cum sint temporis successivi et permanentis, signatum retinent in possessione juris.* (1)

Sur ce principe Mr. de Renac ayant voulu rétablir un moulin, que ses auteurs seigneurs d'Amoncour avoient eu sur la riviere de Lanterne, au territoire de Conflandé ; Madame la comtesse de Grammont, Dame de Conflandé, s'y opposa, et dit que ce droit de moulin sur la riviere avoit été une servitude ; mais qu'elle étoit perdue par le non-usage de plus de cent ans : Mr. de Renac repliqua qu'il avoit conservé sa possession par les vestiges de l'écluse qui paroissoient encore dans la riviere, et gagna son procès sur ce fait, par arrêt rendu en la Chambre des Eaux et Forêts du Parlement de Besançon, au rapport de Mr. Matherot de Desnes, le 13 août 1710. Sur le même principe, le roi, par une déclaration du 6 mai 1680, a décidé que la conventualité ne se prescriroit point dans les bénéfices, tandis qu'il y resteroit des lieux réguliers.

L'on peut, pour rendre la Prescription complette, joindre à sa possession celle de son auteur médiat ou immédiat, soit qu'on lui ait succédé à titre universel ou particulier, à titre lucratif ou onéreux. Si, par exemple, l'on est héritier d'une personne qui ait possédé pendant vingt ans, il suffira d'en posséder encore dix, pour prescrire par trente années, et de même, si l'on a eu la chose à titre d'achat, de legs, de donation, ou autre semblable, d'un possesseur de vingt ans. (2) C'est ce que l'on appelle *accession*, en matiere de Prescription, parce que l'on fait *accéder* un temps à un autre, pour former la Prescription ; mais il faut plusieurs conditions pour que l'*accession* soit utile.

1° Que la possession que l'on prétend ajouter à la sienne,

(1) L. Stigmata Cod. de Fabric. D'Argentré sur l'art. 266. chap. 4. n. 10. et sur l'art. 368. Pecbius de aquæd. lib. 4. q. 63. et de serv. cap. 4. q. 22.

(2) L. Possessio 20. L. Numquam 31. ff. pro hærede. L. 2. § si eam rem pro emptore. L. Id tempus 14. de usurp. et usuc. eod. L. super longi 11. Cod. de longi temp. præscr. § diutina 12. Instit. de usucap.

ne soit pas vicieuse. L'on dira dans un autre chapitre, quels sont les vices qui peuvent empêcher la possession d'être utile pour la Prescription.

2° Qu'elle n'ait pas été interrompue et occupée intermédiairement, c'est-à-dire, entre la possession de celui qui prétend prescrire, et celle de son auteur. Que si elle a été simplement vuide, comme dans le cas d'une hoirie jacente, rien n'empêcheroit que les deux possessions, antérieure et postérieure à la vacance, puissent se rejoindre.

3° Que l'on ait possédé comme maître, avec les qualités requises pour prescrire, et que l'auteur ait été dans le même cas ; car si l'un ou l'autre n'avoit eu, par exemple, qu'une possession précaire, l'on ne pourroit pas, pour acquérir la Prescription, cumuler deux possessions, dont l'une ne seroit pas propre à produire cet effet.

4° Que les possessions de l'auteur et du successeur soient uniformes ; car si l'auteur n'avoit possédé que le domaine utile, le successeur ne pourroit pas se prévaloir de cette possession, pour prescrire le plein domaine.

5° Que le titre vienne de l'auteur même, dont on veut joindre la possession à la sienne ; car si l'on avoit reçu le titre d'une personne, et la possession d'une autre, il n'y auroit pas lieu à l'*accession*, à cause de la relation qui doit être entre la possession et le titre, qui est le milieu par lequel deux possessions doivent être jointes pour n'en former qu'une.

Il faut excepter de cette regle quelques cas dans lesquels l'on peut se servir pour prescrire, de la possession de certaines personnes, que l'on ne reconnoît cependant pas pour ses auteurs. Ainsi l'on peut employer la possession de celui que l'on a fait condamner à la désistance, et le légataire peut se prévaloir de celle de l'héritier, qui n'a pas d'abord délivré le legs. Il en est de même des cas de retrait lignager ou conventionnel, des pactes commissoires, de la redhibition, de la rescision, de la résolution du précaire, de l'achat par decret ; et généralement des autres cas, dans lesquels les choses

étant rétablies dans leur premier état, la possession peut être censée continuée par des personnes étrangeres qui ont joui intermédiatement. (1)

La possession est vrai ou feinte. La premiere s'acquiert par l'appréhension, et par la jouissance réelle et corporelle de la chose ; et la seconde, par la tradition artificielle, qui se fait par le ministere de la loi ; comme quand la coutume dit que le mort saisit le vif : ou par celui du possesseur, au moyen de quelques faits ou clauses destinées à produire cet effet (2)

L'on demande si la possession feinte peut servir pour prescrire : l'affirmative paroît fondée contre celui duquel la possession vient, ou contre lequel la loi l'a donné, quand un autre n'est pas en possession : car quoiqu'elle ne soit pas réelle, c'est néanmoins une possession suivant la loi, et elle doit avoir ses effets, dont l'un est de causer la Prescription ; l'on n'exige pas d'ailleurs que la possession soit toujours effective, pour prescrire ; l'hoirie jacente, par exemple, qui ne possede ni naturellement ni civilement, *quia corpore et animo caret*, ne laisse pas de continuer et d'achever la Prescription commencée par le défunt. (3) Mais l'on ne commencera pas à prescrire par voie feinte contre un étranger, et sans une possession réelle. L'on pourra seulement continuer la Prescription, si celui que l'on représente a réellement possédé, et qu'un tiers ne s'empare pas de la chose. Ainsi quoique la coutume continue la possession du défunt à son héritier, cette continuation n'a point d'effet contre un étranger qui s'entremet dans la chose héréditaire, et qui interrompt la Prescription. Il en est de même dans le cas de la consolidation, comme si, après l'usufruit fini, l'héritier de

(1) D'Argent. art. 265. ch. 6, n. 30, art. 271, *verb.* droiture, n. 5 et *verb.* ou autres.

(2) D'Argent. art. 265, ch. 6, Gonsales, in cap. ex litteris Extr. de cons.

(3) Covar. in cap. possessor. part. 2, § 1, n. 5 et var. res. cap. 5, n. 6. Vasq. contr. ill. lib. 2, cap. 57, n. 5 et 19 et cap. 76, n. 4. D'Argentré, art. 265, ch. 6.

l'usufruitier continuoit à jouir : car le propriétaire perdroit en ce cas sa possession civile. La possession feinte se perd aussi, par la cassation ou rescision du contrat qui l'avoit donnée, quoique cela ne suffise pas pour faire perdre la possession naturelle. (1)

Il y a des possessions équivoques, qui laissent lieu de douter, si le détenteur d'une chose possede pour lui ou pour autrui ; et par conséquent s'il prescrit pour lui-même, ou si un autre prescrit par son fait. M. d'Argentré a recueilli les regles qui peuvent éclaircir ce doute. (2)

1° Celui qui a un titre, est présumé posséder en vertu et en conformité de son titre ; *ad primordium tituli, posterior refertur eventus.* C'est la cause apparente de sa possession ; et l'on estime que celui qui a plusieurs titres, possede plutôt en vertu de ceux qui sont valables, que de ceux qui sont nuls et vicieux. Il pourra même, sur-tout en défendant, rapporter sa possession à celui de ses titres qu'il jugera à propos, pourvu qu'en le faisant, il ne choque pas trop ouvertement les regles et la vraisemblance.

2° S'il conste que l'on soit entré en possession au nom d'autrui, l'on sera présumé avoir continué à posséder de même : *nemo enim, sibi causam possessionis mutat;* à moins qu'il n'y ait eu une interversion, depuis laquelle l'on ait possédé pour soi-même, relativement à cette interversion.

3° L'on est censé, dans le doute, posséder pour soi-même, plutôt que pour un autre, quand cette présomption n'est pas combattue par de plus pressantes. Car si, par exemple, l'on avoit joui sous la qualité de pere, de mari, de bénéficier, de mandataire, l'on seroit jugé avoir prescrit pour le fils de famille, pour la femme, pour le bénéfice, et pour le mandant. Si cependant l'on n'avoit pris la qualité sous laquelle on a commencé à posséder, que comme un titre d'honneur, comme il pourroit arriver à un évêque ou à un abbé, cette possession passeroit aux héritiers, à moins que l'on n'eût agi

(1) D'Argent. art. 265, ch. 2, n. 3 et seq.

(2) Art. 265, chap. 5.

non-seulement pour soi, mais encore pour ses successeurs au bénéfice.

4° Si l'on n'a point pris de qualité, mais que la chose possédée regarde naturellement une autre personne, on sera présumé avoir possédé pour elle. Ainsi un mari qui a donné un fonds à sa femme par leur contrat de mariage, possede pour elle pendant que le mariage subsiste. Un pere qui a retiré ou acheté un fonds pour son fils, est censé en jouir comme administrateur légitime : il en seroit de même d'un donateur qui auroit retenu l'usufruit de la chose donnée ; sa jouissance profiteroit au donataire pour la Prescription. Mais si les actes de possession de l'administrateur, du mandataire, ou autre semblable, ne lui étoient permis que comme maître absolu de la chose ; il pourroit être censé avoir joui en son nom propre, et prescrit pour lui-même, encore que sa jouissance tombât sur des choses commises à son administration ; ce qui ne souffre pas difficulté, quand il a acquis en son nom ; car, par exemple, quoiqu'un mandataire, qui a un pouvoir spécial, et qui acquiert d'abord sans dire que c'est pour lui, soit jugé l'avoir fait pour le mandant ; si néanmoins il a acquis en son nom propre, et joui en conséquence, sa possession ne profitera qu'à lui, sauf au mandant ses actions pour ses dommages et intérêts.

Quand la loi décide que deux personnes ne peuvent pas être en possession solidaire d'une même chose ; il faut l'entendre des choses corporelles, et d'une possession de même espece ; car deux personnes peuvent posséder pour le tout, chacune un domaine différent ; l'une le domaine direct, et l'autre l'utile. Quant aux choses incorporelles, il y en a qui peuvent être possédées solidairement, et par conséquent prescrites par plusieurs personnes, comme il arrive dans la justice et dans les autres droits que l'on peut exercer cumulativement. (1) Que si la possession de la même chose n'est pas compatible en différents sujets, et que les actes, que l'un en fait, soient directement opposés à ceux de l'autre ; celui qui

(1) Fagn. cap. auditis, Extr. de præscr. n. 19.

a un titre ou le droit commun en sa faveur, doit être préféré ; l'autre ne sera pas maintenu et ne prescrira pas contre lui. (1)

Comme la Prescription dépouille le propriétaire, et qu'elle acquiert le bien d'autrui, elle doit être resserrée dans de justes bornes, quelque favorable qu'elle soit d'ailleurs. C'est pourquoi l'on tient pour maxime, qu'elle ne s'étend qu'à ce qui a été précisément possédé. *Tantum præscriptum, quantum possessum.* Celle qui exige un titre, n'acquiert que ce qui a été possédé, relativement au titre et à la jouissance de celui dont il vient, lorsqu'on veut se servir de l'*accession* de son temps. Celle qui n'en exige point, telle qu'est la trentenaire, ne donne que le droit qu'avoit celui contre lequel on a prescrit ; si donc il n'avoit que le domaine utile, elle n'en donneroit point d'autre, et n'éteindroit pas les servitudes dont le fonds étoit chargé, si celui à qui elles étoient dues, en étoit demeuré en possession.

Lorsque quelqu'un est fondé par le droit commun, par la coutume, par un privilege, ou par titre, dans un droit universel qui est composé d'especes différentes ; l'on ne prescrit contre lui que les especes particulieres dont on jouit. C'est ainsi qu'en matiere de jurisdiction, celui qui ne fait que des actes de basse justice, ne prescrit ni la moyenne, ni la haute ; celui qui n'exerce la jurisdiction qu'au civil, ne la prescrit pas au criminel ; celui qui n'en jouit qu'au premier degré, ne l'acquiert pas au second ; celui qui n'a possédé que la jurisdiction contentieuse, n'a pas acquis la gratieuse ; la jouissance du droit de visite n'emporte pas celui de procuration ; et celle du droit d'admettre les démissions, ou d'instituer, n'est d'aucune conséquence pour destituer, ou pour admettre les permutations ; la Prescription de la dixme de certains fruits, et celle de certains droits seigneuriaux, doit être bornée à ces fruits et à ces droits avec celui qui a le

(1) Cap. licet causam. Extr. de prob. Bart. in L. Si duo in principio, n. 4. vers. Si uterq. ff. uti possidetis. Bald. in L. Qui accusare in fin. Cod. de edend. Menoch, de retinend. poss. remed. 3. n. 733.

droit universel. L'on ne doit en cette matiere rien entendre par identité de raison ; ainsi celui qui a prescrit un péage sur les gens de pied seulement, ne l'aura pas sur les gens de cheval ; celui qui ne l'a levé que sur certaines marchandises, ne l'a pas prescrit sur celles d'une autre espece.

Il n'en est pas de même quand il s'agit de conserver le droit universel ; car celui à qui il appartient, en retient plus facilement la possession qu'il ne la perd. Les actes d'une espece la lui conservent pour toutes les autres, et pour tout le genre, tandis qu'un tiers ne prescrit pas ces autres especes. Que s'il n'est pas question de prescrire contre une personne fondée en l'universalité du droit, les actes d'une espece pourront acquérir toutes les autres qui sont comprises sous le même genre, lorsqu'on a l'intention de le posséder en entier. Ainsi l'évêque qui fait des actes d'une espece de jurisdiction dans un lieu dont le diocese n'est pas certain, prescrit le droit d'y exercer la jurisdiction épiscopale pleine et entiere ; et de même celui qui a une concession générale d'un droit faite par celui qui pouvoit l'accorder, prescrira le droit entier par les actes d'une espece.

La Prescription de quelques droits seigneuriaux, acquise sur certains fonds ou sur certaines porsonnes, n'opere rien contre les autres personnes et sur les autres fonds de la même seigneurie ; non plus que celle d'un droit présent, à l'égard d'un droit semblable pour l'avenir ; par exemple, celui qui a prescrit les novales qui existent actuellement, n'a pas droit de prétendre celles qui viendront à la suite. La Prescription même du principal n'emporte celle de l'accessoire, que quand ils sont inséparables, que l'accessoire est d'une conséquence nécessaire au principal, et qu'il y a été uni dans le commencement de la Prescription. Tels sont les arrérages, qui se prescrivent en même temps que le capital dont ils dépendent, et les servitudes réelles qui passent avec le fond auquel elles sont attachées.

La Prescription d'une partie intégrale qui peut composer un tout, n'emporte pas celle des autres parties. Ainsi celui

qui n'aura possédé que la moitié d'un héritage qui peut être divisé, n'aura prescrit que cette moitié. Mais si la chose est individuelle, *cum pars est in toto, tanquam aliquid particulare sub universali*, la possession d'une partie entraîne celle du tout, quand on a eu intention de le posséder ; *sic, qui per partem itineris it, totum jus usurpare videtur.* (1) De même la Prescription de la dîme sur une partie du fond, tandis que l'autre partie est en friche, acquiert le droit sur le tout ; et celle d'une espece de fruits, entraîne les autres fruits décimales du même fond ; *ne una et eadem res, diverso jure censeatur.*

Ces questions qui résultent de la regle, *tantum præscriptum quantum possessum*, sont amplement traitées par Felinus sur le Chap. *Auditis, Extra. de præscript.* par Fagnan sur le chap. *Cum olim eod.* par Balb. *part.* 2. *princip. quæst.* 2. 11. *et seqq.* et par M. d'Argentré sur les art. 265. chap. 10. n. 31. 266. *verb.* interruption, chap. 3. et 271. *verbo* et Seigneurie.

Dans les choses corporelles, la perception des fruits qui se fait chaque année, produit une possession continuelle, qui donne lieu d'exercer l'interdit, *uti possidetis*, dans l'année du trouble, et qui forme à la fin un droit, par la continuation et par la longueur du temps. Mais comme l'on ne possede pas proprement les droits incorporels, et que souvent l'on n'a que de rares occasions de les exercer, il y a de la difficulté à savoir comme l'on peut s'en mettre en possession, à l'effet de les prescrire, quels actes et combien il en faut pour cela.

L'on a prémis que l'on possédoit les droits incorporels, quand on en tiroit l'honneur ou le profit, ou que l'on faisoit les actes qui leur sont propres. L'on exerce, par exemple, les droits de pâturage et de chauffage, quand on fait paître son bétail, ou que l'on coupe du bois dans le fond ou dans la forêt d'autrui. L'on jouit de celui de sépulture, quand on fait enterrer les personnes de sa famille dans une certaine place ; de ceux d'élection et de patronage, quand on assiste

(1) L. Si stillcidii 8. § 1. ff. quemadmod. servit. amiitt.

aux élections pour y donner son suffrage, ou que l'on présente avec effet au bénéfice vacant.

Les droits incorporels qui sont dûs par la chose à la chose, doivent être exercés de temps en temps pour être prescrits, soit parce qu'on peut pour l'ordinaire en user souvent, soit parce que le fond dominant, étant incapable d'intention et de possession civile, il faut en répéter les actes pour marquer qu'on n'abandonne pas ses droits.

Cette répétition n'est pas si nécessaire, pour prescrire les droits qui sont dûs à la personne, parce que dès qu'il conste que celui qui les prétend en a joui comme maître, il est censé conserver la volonté d'en user encore, lorsque le cas s'en présentera, et qu'il en conserve la possession civile.

L'on trouve dans le droit canon des décisions qui peuvent servir à juger quel nombre d'actes est nécessaire pour la Prescription des droits incorporels. Le chap. *cum ecclesia sutrina. extra. de caus. poss. et propriet.* parle de trois actes. Le ch. *cum olim.* du même titre, ne parle que de deux : les chap. *querelam, de electionibus et consultationib. de jure patron.* sont fondés sur une quasi-possession prise par un acte seul : et le concile de Trente, *sess.* 23. *de reform.* chap. 9. dit que le droit de patronage ne peut s'acquérir sur une église libre, par la voie de la Prescription, que par plusieurs présentations, dont il ne détermine pas le nombre ; *ex multiplicatis præsentationibus, per antiquissimum temporis cursum, qui hominum memoriam excedat :* quel parti doit-on prendre dans cette contrariété apparente de décisions ?

Panorme sur le chap. *Cum ecclesia sutrina*, dit qu'il y a des actes que l'on ne permet point par amitié, ou par familiarité, parce qu'ils sont tous de conséquence ; comme de présenter ou d'élire. D'autres qui ne sont pas d'abord de conséquence, et qui se tolerent quelque temps entre amis ; comme de laisser passer sur son fond. D'autres enfin, qui, par leur nature, s'accordent à l'amitié ou à la familiarité, comme de recevoir un homme chez soi, ou de l'y régaler.

Ceux-ci ne forment jamais de quasi-possession, et ne se

prescrivent pas, à moins qu'ils ne soient accompagnés de circonstances qui fassent juger qu'on en a usé comme d'un droit. Les seconds ne forment la quasi-possession, que quand ils sont réitérés en si grand nombre, que l'on voit que celui qui en a usé, a voulu le faire par droit. C'est pourquoi la loi civile requiert, pour maintenir en possession du droit de passage sur le fond d'autrui, que l'on y ait passé trente fois dans l'année. Quant aux actes de la premiere espece, un seul peut suffire, pour mettre en possession du droit.

En effet, un seul acte peut faire maintenir celui qui l'aura fait, dans la possession d'élire ou de présenter. C'est ce que nous appellons le dernier état du bénéfice, qui est décisif en cette matiere pour le pourvu. (1)

Que s'il est parlé de plus d'un acte dans les chap. *Cum ecclesia sutrina*, et *Cum olim*, ce n'est qu'énonciativement, et parce qu'il y en avoit plusieurs dans les hypotheses. Mais le pape se seroit également fondé sur un seul acte, comme le dit la glose sur le chap. *Cum ecclesia sutrina*, au mot *brevitatem temporis. Et ita patet, quod si brevitas temporis non obstaret, isti clerici præscripsissent jus eligendi; etiam si semel elegissent.* La glose sur le chap. *Cum olim*, au mot *duobus*, le résout de même. Quant au concile de Trente, il parle d'une prescription acquise contre le droit commun, qui ne peut être fondée que par un temps immémorial, pendant lequel il n'est pas possible qu'il n'y ait eu occasion de présenter plusieurs fois. C'est pourquoi il exige plusieurs présentations, et parce qu'on veut se mettre en possession contre une disposition expresse du droit commun, il peut y avoir lieu à

(1) Fevret traité de l'Abus, liv. 2, chap. 6, n. 13, sur la fin. Barbosa, in collect. ad cap. Cum Beneficio. n. fin. de præb. in 6° cap. Querelam de Elect. consultationibus de Jure patr. Cum Bertholdus vers. licet de sent. et re jud. Cum olim de caus. poss. Abbate de L. S. et suivant plusieurs textes du droit civil, Posthius, *de manut.* Covar. pract. q. cap. 14, n. 2. Gonsalles, Tell. ad cap. Cumolim. Extra. decaus. poss.

D'arg. art. 106, Glos. 2. Faber, in cod. lib. 7, tit. 7, def. 3. Legrand, art. 23, gl. 3, n. 8, et suivant Lapeirere, *L. P.* n. 42.

exiger deux actes, pour que la possession soit présumée accompagnée de bonne foi. (1)

Or, quand on est en possession par un acte seul, et que cet acte suffit pour se faire maintenir, on continue à posséder civilement, et l'on peut en conséquence acquérir la Prescription en vertu de ce seul acte, par le temps ordinaire, pourvu que la possession soit des derniers temps, qu'elle n'ait pas été interrompue par des actes contraires, ou que l'occasion s'étant présentée de le réitérer, on ne l'ait pas fait, pourvu enfin que l'acte, par lequel on a commencé à prescrire, ait eu son exécution, et qu'il soit bien formel pour l'acquérir.

Cependant, comme les circonstances varient beaucoup en cette matiere, Panorme et d'autres auteurs estiment qu'on doit laisser à l'arbitrage du Juge, si, en considérant la qualité du droit dont il s'agit, et celles des actes par lesquels on en a usé, un acte seul suffit, ou s'il en faut plusieurs : *Judex, ex variis circumstantiis, arbitrabitur, an sufficiat unicus actus, vel quot requirantur.* (2)

Les coutumes de Berri et de Nivernois, (3) exigent deux actes de foi et hommage, avec saisie réelle dûment signifiée, pour prescrire par trente ans, la mouvance sur un vassal contre son seigneur. Celle de Berri ajoute que cette Prescription commence à la premiere saisie. Coquille sur celle de Nivernois, insinue qu'elle ne commence qu'après la seconde saisie, qu'il estime nécessaire pour mettre en possession dans ce cas.

Réguliérement la possession rejette la preuve sur l'adversaire, à moins qu'il ne soit fondé en droit commun. Encore en ce cas, le possesseur doit être maintenu quand la cause est possessoire, et lorsqu'il a joui long-temps. *Possessor diu-*

(1) Gons. loc. cit.

(2) Vasq. contr. illust. lib. 2, cap. 87, n. 15. Menochius, de arb. lib. 2, cent. 2, cas. 160.

(3) Coutume de Berri, tit. de prescript. art. 9, Cout. de Nivern. titre des fiefs, art. 15.

turnus, in sua possessione vel quasi, est tuendus, etiamsi adversarius habeat fundatam intentionem de jure ; quia diu, tolerans et dissimulans possessionem alterius, videtur suam remisisse. (1)

2194. On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre.	2194. A person is always presumed to possess for himself and as proprietor, if it be not proved that his possession was begun for another.

---

* *C. N.* 2230. } On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour autrui.

---

* *D'Argentré, sur Cout. de Bretagne, art.* 265, *ch.* 5, *n*° 17, *p.* 927-928. } Quod si quis cùm ante nullam possessionem in totum habuisset, eam post titulum nactus est, id est, ad novam possessionem venit, aut agnoscere titulum debebit, aut diversum si quem habet probare, quia scilicet fundata est actoris intentio ex presumptione, sed hoc alibi fusiùs. Existere vero, et diversus casus potest inter eos qui certi dicuntur, cùm scilicet constat alique alterius nomine ingressum possessionem. Nam continua erit præsumptio semper, et ex eadem causa in possessione eum esse, itaque nullo tempore præscribet, pro se impediente legis præsumptione, quia causam sibi mutare possessionis nemo potest, ne aliter censentibus, fraudis, perfidiæ, interversionis præsumptio contra

(1) Vasq. contr. illust. lib. 2. cap. 85. Bart. in L. Si in quod. in princ. ff. de acquir. poss. DD. ad § Nihil commune. L. Naturaliter eod. et ad cap. Cum ecclesia sutrina. Extr. de causa pess. et prop. Tiraq. de præscr. § 1, Gl. 4.

leges inducatur, cùm contra præsumptio sit quemque probu esse ex l. merito. D. pro socio. Ideoque potius alieno nomine quale initium possessionis proponitur, quàm suo, per interversionem, et persidiam in possessione esse talis possessor præsumetur, quod Bart. dixit. l. Pomponius. D. quib. mod. usuf. amit. Cast. l. nec fructuarium. C. de usuf. Socin. cons. 109. lib. 3. num. 3. et cons. 15. lib. 4. Bald. l. ult. C. de acq. pos. Quare, et qui initio se procuratorem in lite, aut negotio dixit, etsi posterius in processu eam qualitatem omiserit, tamen semper repetita intelligitur, quod Bald. dixit. l. Procurator qui pro evictione. D. de Procur. Bart. l. qui servum D. de interr. act. Alex. l. 1. §. nunciatio. D. de opt. no. nunc. Succedit contrarius casus ; Cum scilicet dubium, et incertum est quo quis nomine possederit. In quo sic traditur sibi potiùs, quàm alteri rem, et negotiu gerere præsumi, cùm sibi potiùs quam alii bene esse ex naturæ præsumptione quisque malit, l. si pactum. D. de probat. l. et magis. D. de solut. l. Papinianus, ubi glos. et Alber. D. mand. et alioqui negant in contractibus personas extrinsecus subaudiendas l. si stipulatus fuero. §. Chrysog. D. de verb. obligat. et in possessionibus retinendis censuêre Bert. Bal. Alex. Lud. Rom. Aret. d. §. nunciatio. et nos hunc locum attigimus, art. 96. et in partag. q. 7. Ergo quod quisque possederit suo nomine, et pro se possedisse, et præscripsisse intelligendus erit, et pro suo.

Voy. *Pothier* et *Dunod*, cités sur art. 2193.

Troplong, *Presc.*, *sur art.* 2230, *C. N.* } 372. Lorsqu'on ne connaît pas le titre en vertu duquel un individu est en possession, à quelle présomption s'arrêtera-t-on ? Supposera-t-on qu'il est en possession pour autrui ou qu'il jouit pour lui-même ?

La loi n'a pas hésité à se prononcer pour la possession à titre de propriétaire, et ce n'est pas par une philosophie

égoïste qu'elle l'a fait ; l'homme est censé libre dans l'emploi de ses facultés, et propriétaire de la matière sur laquelle il les exerce. Pour supposer qu'il soit au service d'un autre, il faut des preuves. Dans le doute, c'est pour la liberté, pour le droit plein et absolu, que la raison prononce (1) : de là l'article 2230 du code civil, qui rend hommage à cette indépendance présumée de l'individu. Du reste, la présomption qu'il établit a été empruntée à l'ancienne jurisprudence : " Dans le doute,dit Dunod (p. 22)," on est censé posséder pour " soi-même plutôt que pour autrui, quand cette présomption " n'est pas combattue par de plus pressantes (2)." Dunod lui-même n'avait fait que résumer les idées recueillies avant lui par d'Argentrée, et répandues ça et là dans les écrits des anciens docteurs, *sparsæ illæ quidem*, *nec usquàm uno loco* (3).

Or, voici comment s'exprime le savant interprète de la coutume de Bretagne, dans son commentaire de l'article 265 (4) : *Succedit contrarius casus, quum scilicet dubium et incertum est quo quis nomine possederit* ; *in quo sic traditur*, SIBI POTIUS QUAM ALTERI, REM ET NEGOTIUM GERERE PRÆSUMI, *quum sibi potiùs quàm alii benè esse ex naturæ præsumptione*

(1) Add. Op. conf. de Proudhon, *Usufruit*, n° 2888.

" Cette présomption est tout à fait raisonnable, dit Duranton, n° 225 ; elle est fondée sur le désir naturel qu'a l'homme d'améliorer sans cesse les moyens de pourvoir à son existence, et sur son état d'indépendance par rapport à autrui."

(2) Add. Cette règle de l'article 2230 n'est pas dans les lois romaines relatives à la prescription, mais elle découle des principes généranx du droit." Vazeille, n° 50.)

Leclercq, t. VIII, p. 13, dit ici : " le possesseur peut donc toujours rester passif : pour renverser les moyens qu'il tire de sa possession, on doit prouver qu'il a commencé à posséder pour autrui ; mais cette preuve faite, il doit alors prouver à son tour qu'il a changé le titre de sa posses sion, qu'il l'a interverti."

(3) Sur Bretagne, p. 926, art. 265, n. 12, chap. V.

(4) *Loc. cit.*, n. 17.

quisque malit (1)... *Ergo quod quisque possederit suo nomine, et pro se possedisse, et præscripsisse intelligendus et pro suo.*

373. Mais cette présomption s'évanouit dans plusieurs cas. Le premier a lieu lorsqu'on représente le titre de la possession, et qu'il en résulte que c'est une possession pour autrui (article 2230) ; car, en cette matière, il y a une règle constante : *A primordio tituli posterior formatur eventus* (2) ; le titre est l'interprète de la possession (3).

374. Le second a lieu lorsque la présomption de la loi est détruite par une présomption contraire plus forte. *Hoc tamen theorema interdùm fallit, quum scilicet, aliâ præsumptione fortiore, hoc quod præsumptione solâ nititur, eluitur.* Ce sont les expressions de d'Argentrée (4).

375. Il suit de là que, si un tuteur possède des immeubles appartenant à son pupille, il sera censé les avoir possédés pour ce dernier, et non à titre de propriétaire (5).

(1) Et il cite la loi *si pactum*, D. *de probat.*, Bartole, Balde, Alexandre, Arétin, etc.

(2) D'Argentrée, *loc. cit.*, n. 12 ; l. 1, § 1, D. *de doli except.* ; l. 2, D. *de acq. possess.* ; l. *clàm*, D. *acq. possess.* ; l. 1, C. *de imponendâ lucrativâ descriptione.*

Add. Voy. ci-après, n. 422 2°.

(3) Add. " Cette règle, dit Cotelle, t. II, p. 400, est en faveur de la prescription, comme elle lui est opposée."

(4) D'Argentrée, *loc. cit.*, n. 17.

(5) Add. Vazeille dit, n. 55 : " A ces indications proposées par d'Argentrée, Dunod et Pothier, on peut en ajouter une tirée de l'art. 841 du code civil. Un mari, un père ou un tuteur à réclamé et obtenu la subrogation légale due à sa femme, ou à son fils, ou à son pupille. Il ne possède pas pour lui ; sa possession tourne au profit de la personne au nom de laquelle il a agi. Mais si, sans demande en justice où il aurait fallu décliner sa qualité, il a acquis par contrat la subrogation en son nom propre, il en sera pour la possession, comme de la procuration qui n'a pas été remplie, avec cette différence que, ne pouvant retenir le bénéfice de la cession qu'autant que la personne pour qui elle devait être faite ne voudra pas en profiter, le possesseur sera exposé, après la cessation de sa puissance, à l'action de cette personne, pour le contraindre à lui en faire la remise ; et en faisant cette remise, il transmettra avec la chose la possession qu'il en a eue."

De même, le communiste ou l'associé qui n'annonce pas, par quelque acte extérieur, qu'il entend jouir en son propre et privé nom (1), est plutôt présumé posséder au nom de la société dont il fait partie.

De même encore, un mandataire achète un immeuble, en vertu d'une procuration ; mais il fait l'achat purement et simplement, sans faire mention ni de sa qualité de procureur, ni de celui pour qui il agit. C'est en vain qu'il prétendra avoir possédé cet immeuble pour lui-même : la représentation de la procuration prouvera qu'il a possédé pour son mandant. Il en serait autrement s'il avait fait l'acte d'achat en son nom personnel, et pour lui ; nous avons vu ci-dessus que c'est à lui que serait la possession (2).

(1) *Suprà*, n. 361, et cour. de Lorraine, tit. XVIII, art. 3.

(2) *Suprà*, n. 260.

Add. Op. conf. Vazeille, n. 54, où il dit : " Si le mandataire, au lieu de remplir une commission, a acquis en son nom, il est présumé posséder pour lui et non pas pour moi." Op. conf. de Merlin, *Répert.* v. *Prescript* t. I, § 5, art. 3, n. 5.

Merlin dit, *loc. cit. :* " Souvent la qualité qu'on a prise dans les actes de jouissance, fait juger si c'est pour soi ou pour un autre qu'on a joui. Quelquefois cependant, cette qualité ne se prend que comme un titre d'honneur, et alors elle ne peut rien déterminer. Par exemple, un évêque a fait des baux, dans lesquels il a fait mention de sa dignité ; on ignore si c'est à raison de son bénéfice ou à raison de son patrimoine qu'il les a faits ; de quel côté doit pencher la présomption ? Il est certain que le titre d'évêque, employé dans les actes, n'est pas une raison suffisante pour faire croire qu'il a traité comme bénéficier. Il faut donc présumer, jusqu'à la preuve du contraire, que c'est pour lui-même et à raison de son patrimoine qu'il a passé les baux.

" Si l'on n'a point pris de qualité, mais que la chose possédée regarde naturellement une autre personne, on sera présumé avoir possédé pour elle.

" Ainsi le mari qui a donné un fonds à sa femme par leur contrat de mariage, le possède pour elle pendant que le mariage subsiste.

" Ainsi, un père qui a acheté un fonds pour son fils est censé en jouir comme administrateur légitime.

" Il en serait de même d'un donateur qui aurait retenu l'usufruit de la

376. Lorsqu'on a possédé en vertu de plusieurs titres, l'on est censé posséder plutôt en vertu de celui qui est valable que de celui qui est vicieux (1) ; on peut même, surtout en défendant, rapporter sa possession à celui de ces titres qu'on juge à propos, pourvu qu'en le faisant on ne choque pas trop ouvertement les règles de la vraisemblance (2).

chose donnée ; la jouissance profiterait au donataire pour la prescription.

" Mais si les actes de possession de l'administrateur ou du mandataire ne lui étaient permis que comme maître absolu de la chose, il pourrait être censé avoir joui en son nom propre, et prescrit pour lui-même, encore que sa jouissance tombât sur des choses commises à son administration : du moins, cela ne souffrirait nulle difficulté, s'il avait acquis en son nom."

Cotelle dit ici, t. II, p. 400 : " Il faut déterminer, soit par le titre, soit par les circonstances de la possession, dans le cas du mandat, si l'acquisition a été faite au nom du mandataire ou par le possesseur en son propre nom ; dans la tutelle, si ce bien a été possédé comme tuteur ou comme propriétaire ; car si l'on peut prouver un acte de possession comme mandataire ou comme tuteur, les actes subséquents que le tuteur ou le mandataire aura faits en son propre nom sont nuls et se réfèrent tous à la qualité de tuteur ou de mandataire ; c'est ainsi que s'explique le sens équivoque de notre article.

" Mais s'il ne paraît aucun acte de possession auxdits titres de mandataire ou tuteur, il faut convenir que ces seules qualités ne servent pas par elles-mêmes à expliquer la possession ; tout ce que l'on peut en tirer, c'est l'obligation personnelle de rendre compte du mandat et de la tutelle, comme l'observe fort bien d'Argentrée. Il n'y a rien à conclure de l'obligation personnelle pour la possession du bien ; la qualité de mandataire peut obliger à des dommages et intérêts, pour l'inexécution du mandat, celle de tuteur à des restitutions ; mais ni l'une ni l'autre ne fait obstacle à ce que le mandataire ou le tuteur ne jouisse pour lui-même et en son propre nom des choses qu'il tient : quelque apparence de rapport qu'il y ait entre sa possession et son titre, il peut avoir acquis en son nom, il peut donc posséder en son nom." Op. conf. de Dalloz, *Prescript.*, chap. 1, sect. II, n. 18.

(1) Dunod, p. 22.

(2) Dunod, p. 22 ; d'Argentrée, sur Bretagne, article 265, chap. V, n. 14 et 15.

Add. Vazeille, n. 52 ; Dalloz, chap. I, sect. II, n. 16.

Cotelle, p. 401, dit à ce sujet : " On ne peut pas opposer le titre vi-

376. 2° (1).

cieux à celui qui en a un valable, d'où peut également se déduire la cause de sa possession ; mais si le titre vicieux montre la cause apparente de sa possession, il forme contre lui une présomption qui l'oblige à justifier du titre valable dont il excipe."

Rolland de Villargues, v. *Prescription*, n. 66, ajoute : " A défaut de titres, les qualifications qu'il aura prises dans des quittances, des actes d'administration, etc., pourront déterminer la nature de sa possession. Enfin, à défaut de pièces de cette nature, on recherchera, à l'aide d'énonciations indirectes ou d'inductions résultant d'actes relatifs aux tiers, par quels moyens la chose possédée a pu parvenir aux mains du possesseur actuel, si c'est comme mari, père, tuteur ou autrement."

(1) *Quand on a commencé à posséder pour soi, on est toujours présumé avoir continué de posséder au même titre, aussi jusqu'à preuve contraire.* —Duranton, pour justifier cette proposition, dit, n. 226 : " Et quoique le code ne le dise pas aussi expressément, on est présumé aussi avoir continué de posséder au même titre que celui auquel on a commencé à posséder, et pareillement jusqu'à preuve du contraire. L'art. 1402 nous fournit une application bien frappante de cette présomption, et un exemple de l'effet que nous y attachons. Ainsi, un mari ou une femme, qui a adopté le régime de communauté, possédait, avec ou sans titre, n'importe, un immeuble avant son mariage ; la prescription s'est accomplie pendant le mariage : l'époux reprendra l'immeuble comme propre, à la dissolution de la communauté ; car il est censé avoir continué de le posséder en vertu de la même cause que celle d'après laquelle il a commencé sa possession, c'est-à-dire au titre *pro emptore, pro donato,* ou *pro suo* s'il n'avait aucun titre.

" Mais si, durant le mariage, l'époux a acheté cet immeuble, soit du véritable propriétaire, soit même d'une autre personne, sa possession, par rapport à sa communauté, aura changé de caractère, et ce sera un conquêt. Ce serait pareillement un conquêt, disons-nous, dans le cas même où la vente faite durant le mariage aurait eu lieu *à non domino,* et qu'ainsi la propriété de l'immeuble n'aurait pu être acquise que par la prescription opposée au propriétaire ; et si la prescription n'était point encore accomplie au moment de la dissolution de la communauté, l'immeuble n'en devrait pas moins être compris dans la masse partageable, *sed cum suâ conditione.* Mais ce que nous disons ici, que l'immeuble tomberait dans la communauté, si l'époux qui le possédait avant le mariage l'avait acheté pendant le mariage, nous entendons le dire du cas où l'acte intervenu durant le mariage serait une véritable vente, et non une transaction, un arrangement, pour lequel l'époux aurait déboursé quelque somme ;

car, dans cette hypothèse, l'immeuble demeurerait propre à l'époux, qui serait censé avoir continué de le posséder *ex jure suo antiquo*, sauf à lui à indemniser la communauté de ce qu'il lui en aurait coûté pour libérer l'immeuble des prétentions du tiers, conformément à l'art. 1437 (voy. t. XIV, n. 181)."

2195. Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire.

2195. When possession is begun for another, it is always presumed to continue so, if there be no proof to the contrary.

---

* *C. N.* 2231. } Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire.

---

* *ff. De adquirenda, vel amit. poss., L.* 41, *Tit.* 2, *L.* 3, § 19, *p.* 299. } Illud quoque à veteribus præceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse. (Paul.).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } C'est encore un principe reçu des anciens, que personne ne peut se changer le titre de sa possession. (Paul).

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Possession, n*° 31 *et s.* } 31. C'est un ancien principe de droit, "qu'on ne peut, par la seule volonté, ni par le seul laps de temps, se changer à soi-même la cause de sa possession" : *Illud à veteribus præceptum* (1) *est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse ;* L. 3, § 19, ff. *de Acq. poss.*

(1) *Præceptum* se prend ici pour *desinitum tanquam certissima juris regula.* (Note de l'édition de 1772.) (Bugnet).

Par exemple, s'il paraît qu'une chose que je possède, m'ait été donnée à titre d'engagement, ayant commencé à la posséder à ce titre, quelque déclaration que je fasse, quelque long temps qui s'écoule, tant qu'il ne paraîtra pas d'autre titre survenu depuis, moi, mes héritiers et les héritiers de mes héritiers *in infinitum*, continueront toujours à la posséder à ce titre d'engagement, lequel résistera toujours à la prescription que nous pourrions prétendre de cette chose.

32. Ce principe a lieu, non-seulement à l'égard de la possession, mais pareillement à l'égard de la nue détention d'une chose que quelqu'un tient, non en son nom, mais pour un autre et au nom d'un autre. — Par exemple, s'il paraît que l'héritage dans lequel je suis m'a été donné à ferme ou à loyer, par quelqu'un, à moi, ou à quelqu'un dont je suis l'héritier, ou médiat ou immédiat, quelque long temps qui se soit écoulé depuis le bail, quelque long temps qu'il y ait que je n'en paie plus ni fermes ni loyers ; tant qu'il ne paraît pas d'autre titre qui soit survenu depuis, je suis censé avoir toujours continué de tenir cet héritage en qualité de fermier ou de locataire, de celui qui en a fait le bail, ou de ses héritiers. — Pareillement, s'il paraît qu'une chose qui est par devers moi, m'a été prêtée ou donnée en dépôt, soit à moi, soit à quelqu'un dont je suis l'héritier ; quelque long temps qu'il y ait qu'elle soit par devers moi, tant qu'il ne paraît pas d'autre titre, je suis toujours censé la tenir comme un dépôt ou un prêt de celui qui l'a donnée ou prêtée ; et je ne puis, par conséquent, par quelque temps que ce soit, l'acquérir par droit d'usucapion ; *Quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum, ut possessio non solùm civilis, sed etiam naturalis* (1) *intelligatur ; et propterea responsum est neque colonum*,

(1) Les termes de *possessio naturalis* sont pris ici *largè*, en un sens impropre, pour toute détention d'une chose, quelle qu'elle soit, même pour la nue détention de ceux qui tiennent une chose pour et au nom d'un autre, comme il paraît par les exemples qui vont être rapportés. (*Note de l'édition de* 1772.) (Bugnet).

neque eum apud quem res deposita aut cui est commodata, lucri faciendi causâ pro herede (1) *usucapere posse ;* L. 1, § 1, ff. *Pro hærede.*

33. Non-seulement on ne peut pas se changer soi-même la cause et le titre de sa possession, mais encore on ne peut en changer les qualités et les vices : telle elle a commencé, telle elle continue toujours. Par exemple, si la possession a commencé par être une possession violente, une possession clandestine, une possession de mauvaise foi, une possession précaire, elle continuera toujours d'être une possession violente, une possession clandestine, une possession de mauvaise foi, etc., non-seulement dans la personne de celui dans qui elle a commencé, mais pareillement dans celle de ses héritiers, et des héritiers de ses héritiers *in infinitum*, quelque bonne foi qu'ils eussent eux-mêmes : car les héritiers étant la continuation de la personne du défunt, *successores in universum jus defuncti*, la possession à laquelle ils ont succédé au défunt, est la même possession qu'aurait le défunt, qui continue avec les mêmes qualités et les mêmes vices qu'elle avait lorsqu'elle a commencé. C'est de ces principes qu'a été formé cet axiome de droit : *Vitia possessionum à majoribus contracta perdurant ;* L. 11, Cod. *de Acq. poss.* C'est conformément à ces principes que Papinien dit : *Quum hæres in jus omne defuncti succedit, ignoratione suâ, defuncti vitia non excludit* (2) *;* L. 11, ff. *de Div. et temp. præscr.*

34. Il n'en est pas de même d'un successeur qui a succédé à une chose à quelqu'un à titre singulier : la possession qu'a ce possesseur, qui procède du titre auquel il l'a acquise, est une possession qui lui est propre, qui commence en sa per-

(1) *Id est ille qui rem ex causa conductionis, vel ex causa depositi aut commodati tenet, causam suæ detentionis mutare non potest confingendo apud se alium titulum possessionis, putà, titulum pro hærede, ut possit hujus lucrum facere et eum usucapere. Ita Cujac. ad h.* L. *in comm. ad dig. Juliani.* (Note de l'édition de 1772.) (Bugnet).

(2) Le Code déclare cependant, art. 2233, 2e alinéa, " que la possession utile commence lorsque la violence a cessé." (Bugnet).

sonne, qui n'est point une continuation de celle que son auteur a eue, et qui ne peut par conséquent en avoir ni les qualités ni les vices.

Il est vrai que ce successeur a la faculté de joindre à sa possession celle qu'a eue son auteur ; et lorsqu'il la joint, il ne peut la joindre qu'avec ses qualités et ses vices ; mais comme c'est une faculté qu'il a, dont il peut à son gré user ou ne pas user, il ne joint à sa possession celle de son auteur que lorsqu'elle était une juste possession : si elle était vicieuse, il ne la joint pas à la sienne ; il se borne à sa propre possession, qui procède du titre auquel il l'a acquise.

35. Celui qui a la possession, ou même la nue détention d'une chose, ne peut, non plus que ses héritiers, par une simple destination, ni par quelque laps de temps que ce soit, changer la cause ni les qualités de sa possession ou détention, tant qu'il ne paraît aucun nouveau titre d'acquisition : mais ce possesseur ou détenteur peut, durant sa possession ou détention, acquérir par un nouveau titre d'acquisition la chose qu'il possédait ou détenait seulement ; et il aura une nouvelle possession de cette chose, qui procédera de ce nouveau titre, et qui ne sera plus la possession ou détention qu'il avait auparavant, et qu'il cesse d'avoir en acquérant la nouvelle. C'est ce que nous enseigne Marcellus : *Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis mutare posse, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens, hoc solum statuit, ut aliâ ex causâ id possideret ; non si quis dimissâ possessione primâ, ejusdem rei denuo ex aliâ causâ possessionem nancisci velit ;* L. 17, § 1, ff. *de Acq. poss.*

Julien apporte cet exemple : *Si quis emerit fundum, sciens ab eo cujus non erat, possidebit pro possessore : sed si eumdem à domino emerit, incipit pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipsi causam possessionis mutasse ;* L. 33, § 1, ff. *de Usurp. et usucap.*

Pareillement, *Si is qui apud me deposuit, vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam*

possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem ; L. 5, § 20, ff. *de Acq. poss.*

36. De même que, de possesseur de mauvaise foi d'une chose, ou même de simple détenteur de cette chose que je détenais pour et au nom d'un autre, je puis, par un nouveau titre, en devenir le légitime possesseur, comme dans les exemples ci-dessus rapportés ; pareillement, *vice versâ*, de légitime possesseur que j'étais d'une chose, je puis, par un nouveau titre, ne la plus détenir que pour et au nom d'une autre personne ; comme lorsque j'ai vendu une chose dont j'étais légitime possesseur, à quelqu'un qui, par le contrat de vente que je lui en fais, m'en fait un bail à loyer. Dans cette espèce, *non muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio ;* L. 18, ff. *de Acq. poss.*

---

* 9 *Pothier (Bugnet), Prescription, nº 172 et s.* } 172. Sur les qualités que doit avoir la possession, il y a cette différence entre la possession de dix ou vingt ans et celle-ci, que, pour la prescription de dix ou vingt ans, il faut que le possesseur justifie du juste titre d'où sa possession procède, et de la bonne foi de sa possession par le rapport du titre ; au contraire, pour la prescription de trente ans, il n'est pas nécessaire que le possesseur produise le titre d'où sa possession procède.

La coutume s'en explique par ces termes, *supposé qu'il ne fasse apparoir du titre.* Le seul laps du temps fait présumer que la possession procède d'un juste titre dont on a perdu la mémoire, et dont l'acte s'est égaré, tant que le contraire ne paraît pas.

Le contraire paraîtrait, si le titre d'ou procède la possession du possesseur trentenaire était produit, et que ce titre fût un titre qui ne fût pas de sa nature translatif de propriété, ni par conséquent un juste titre : *putà*, si on produisait un bail à ferme ou à loyer, fait de l'héritage à ce possesseur, ou à quelqu'un dont il est héritier ou possesseur à titre univer-

sel, médiat ou immédiat : ce bail à ferme, quelque ancien qu'il fût, serait censé être le titre d'où procède la possession de ce possesseur : car une possession est censée continuer toujours au même titre auquel elle a commencé, tant qu'il n'en paraît pas de nouveau, suivant la maxime : *Nemo potest ipse sibi mutare causam possessionis suæ.* Ce bail à ferme qui est produit, et qui est censé être le titre d'où procède la possession de ce possesseur, n'étant pas un juste titre, il empêche la prescription : c'est le cas de la maxime : *Melius est non habere titulum, quam habere vitiosum.*

173. Il en est de la bonne foi de même que du titre pour la prescription de trente ans ; le seul laps du temps la fait présumer sans le rapport d'aucun titre, tant que le contraire ne paraît pas, c'est-à-dire tant que celui à qui la prescription est opposée, n'apporte pas des preuves suffisantes qui établissent que le possesseur a eu, avant l'accomplissement du temps de la prescription, connaissance que l'héritage ne lui appartenait pas (1).

Voy. *Pothier*, *Prescript.*, cité sur art. 2193.

Troplong, *Prescript.*, *sur art.* 2231 *C. N.*, *n°* 377 *et s.* } 377. Nous retrouvons ici la règle générale : *Ad primordium tituli posterior semper refertur eventus* (2). Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours censé posséder au même titre ; car, comme le dit d'Argentrée, *Continua erit præsumptio*, SEMPER ET EX EADEM CAUSA IN POSSESSIONE EUM ESSE (3).

(1) Dans cette espèce de prescription la loi n'exige la bonne foi ni au commencement ni postérieurement. (BUGNET).

(2) Add. Op. Conf. de Malleville, sur les articles 2230 et 2231.

(3) Sur Bretagne, art. 265, chap. V, n. 16.

Add. " Le principe consigné dans la loi 3, § 19, D. *de acq. vel amitt. possess.*, que personne ne peut se changer la cause de sa possession, est

378. Notre article ajoute : " s'il n'y a preuve du contraire."

La présomption doit, en effet, céder à la vérité ; *nam si perspicuè intentio agentium probari posset, frustrà de præsumptionibus pugnaretur*, nous dit d'Argentrée, guide du code civil en cette matière (1) ; *quæ non magis contra veritatem probatam possunt subsistere*, QUAM LUCERNA ADVERSUS SOLEM.

Supposons, en effet, que le possesseur ait acheté de celui dont il n'était d'abord que l'administrateur : la production de l'acte de vente fera taire la présomption de la loi, et sa possession sera, dès l'instant où ce changement a eu lieu, une jouissance à titre de propriétaire.

Mais, lorsque l'interversion ne sera pas prouvée, c'est par l'origine de la possession, par sa cause primordiale, qu'on jugera du caractère qu'elle a eu dans son cours. *Actus possessorii omnes quos quisquam exercet, determinari debent ab suâ causâ, id est, semper referri ad titulum correlative, ut omnino fructus collegisse et tenuisse quisquam putandum sit ex eo titulo quem habet* (2).

378. 2° (3).

le type de la disposition de l'art. 2231. Dunod avait adopté l'opinion de d'Argentrée." (Vazeille, n. 51.) Op. conf. de Deleurie, n. 13539.

On lit dans Favard de Langlade, v° *Prescript.*, p. 399 : " Ce qu'il faut remarquer, c'est que la présomption de la loi se tire de l'origine de la possession et non de son cours ; car elle est censée avoir couru comme elle a commencé. Si donc on a commencé à posséder pour autrui, ce sera au possesseur à prouver que la cause de sa possession a changé depuis, et il ne le pourra qu'en produisant son nouveau titre."

(1) *Loc. cit.*, n. 21.

(2) D'Argentrée, *loc. cit.*, n. 12.

Add. Voy. ci-après, n. 422 2°.

(3) *Inconvénients de cette règle dans ses conséquences extrêmes. Tempéraments qu'elle souffrirait en certains cas.*—Duranton, n. 228, dit à ce sujet : " Cette règle, que quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours censé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire, jointe à celle de l'art. 2237, portant que les héritiers de ceux qui détenaient la chose à titre précaire, ne peuvent non plus prescrire, parce qu'ils n'ont que la même possession qu'avait leur auteur ; cette règle,

[ARTICLE 2195.]

379. Ici, la liaison naturelle voudrait peut-être que l'on traitât de la matière des interversions ; mais le législateur a jugé à propos de la reporter au chapitre *des causes qui em-*

disons-nous, prise à la lettre, pourrait toutefois avoir, en certains cas, une plus grande portée que celle que les rédacteurs du code ont vraisemblablement voulu lui donner, surtout dans notre opinion, qui considère le vice du précaire comme faisant obstacle à la prescription, à qui que ce soit qu'elle soit opposée.

" En effet, supposez que Paul, qui a formé contre ma demande en revendication de tel fonds, que je possède par moi ou par mon auteur, depuis plus de trente, quarante et cinquante ans, comme propriétaire, mais dont les titres de transmission sont perdus ou égarés, prouve qu'un de ceux dont je suis le représentant le tenait à ferme il y a cent ans et plus, et qu'il produise lui-même des titres établissant qu'à cette époque le fonds appartenait à ceux dont il est le représentant ; en prenant la règle à la lettre, et en considérant que l'art. 2237 porte que les héritiers de ceux qui détenaient à titre précaire ne peuvent jamais prescrire la chose, je ne pourrais opposer à Paul la prescription, faute de pouvoir prouver que la possession précaire de mon ancien auteur a été remplacée, sous lui ou sous un de ses successeurs, par une possession à titre de propriétaire ; et cependant tout ne porte-t-il pas à penser que mon adversaire et ceux dont il est le représentant n'auraient pas demeuré aussi longtemps sans réclamer cet héritage, s'ils ne l'avaient pas aliéné ? Que depuis longtemps mes auteurs et moi nous le possédons en vertu d'un titre d'acquisition, ou, si l'on veut, sans titre, mais néanmoins comme propriétaires, *pro suo ;* en un mot, que la possession à titre précaire a été intervertie, soit par une cause venant d'un tiers, soit par une contradiction opposée au droit du propriétaire ? Cela est très probable ; aussi pensons-nous qu'en pareil cas et autres analogues, les tribunaux auraient à décider la question de prescription d'après les circonstances de la cause, qui peuvent varier à l'infini.

" Ils auraient encore une bien plus grande latitude pour admettre la prescription, si celui qui a commencé à posséder à titre précaire, et dont le successeur éloigné est aujourd'hui attaqué en revendication, ne tenait pas la chose à ce titre de l'un des auteurs du demandeur, mais bien d'un tiers ; car, dans ce cas, la possession à titre précaire serait bien plus facilement encore supposée avoir fait place à une possession à titre de propriétaire.

" Au surplus, nous n'entendons pas dire par là que le possesseur précaire, ou son héritier, commence à posséder pour lui dès la fin de l'usufruit ou du bail, ni même à partir de l'expiration du temps requis pour la

péchent la prescription, où elle trouve aussi sa place. Nous la traiterons avec détail sous l'article 2240 du code civil, que nous combinerons avec l'article 2231.

2196. Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession, ni prescription.	2196. Acts which are merely facultative or of sufferance cannot be the foundation either of possession or of prescription.

---

* *C. N.* 2232. } Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.

---

* *ff. De adquir. vel amitt. possess., L.* 41, *Tit.* 2, *L.* 41, *p.* 315. } Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere : quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licèt corpore in fundo sit. (Paulus).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Celui qui entre dans le fonds d'un ami à titre de familiarité n'est point censé posséder ce fonds ; parce que, quoiqu'il en ait une possession corporelle et de fait, cependant il n'y est pas entré dans l'intention de s'en acquérir la possession. (Paul).

Voy. *C. C. B. C.*, art. 2201 et *Dunod*, cité sur art. 2193.

---

* *Lacombe, Recueil, v*[is] *Faculté de rachat, n*° 1, *p.* 284. } *Quæ sunt meræ facultatis*, ne sont prescriptibles, quand la faculté procède de la nature, ou de la loi ; mais si elle

prescription de l'action personnelle, qui les obligeait à la restitution de la chose. Ce sont des questions que nous discuterons plus bas, sur les art. 2236 et 2237 ; nous entendons seulement dire que, dans l'espèce actuelle et autres analogues, les tribunaux auraient à examiner quelle doit être, suivant les circonstances de la cause, la portée de l'art 2231."

procède de contrat, elle se prescrit par trente ans. Coq. d'Arg. Henr. tome 1. liv. 4. quest. 91.

Troplong, sur art. 2232 *C. N.*, *p.* 219 *à* 230. } 380. Puisque la possession pour prescrire doit être accompagnée de l'intention de devenir propriétaire ou de l'opinion qu'on l'est déjà, il suit naturellement que les actes de simple faculté et ceux de tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription, car ils sont tout à fait exclusifs de l'idée de la propriété (1).

381. Les actes de pure faculté ont été définis aux numéros 112 et suivants (2). Il faut se reporter aux développements

(1) Add. Demante dit dans le même sens, n. 1107 : " Celui qui ne jouit que par la permission d'un autre, ou parce que celui-ci n'use pas d'une faculté que la loi lui ouvre, ne peut être réputé posséder à titre de propriétaire."

Carou considère l'article 2232 comme surabondant dans la loi, puisque l'art. 2229 n'admet comme valable que la possession qui a lieu à titre de propriétaire. " Or, dit-il, il est clair que quand on possède par simple tolérance on ne possède pas à titre de propriétaire, *animo domini*. Donc il suffisait de l'art. 2229 pour faire rejeter la possession qui ne serait appuyée que sur des actes de pure faculté ou de tolérance."

Proudhon, *Usufruit*, n. 3587, établit que le vice de la possession fondée sur la tolérance, participe du vice de la possession à titre précaire.

(2) Add. Vazeille, n. 57, dit à ce sujet : " L'habitude des actions qui tiennent à la libre volonté des individus ne donne de possession ni pour eux, ni contre eux. Qu'un compagnon ait constamment loué son service au même maître, pendant le temps de la plus longue prescription, il n'aura pas acquis le droit d'obliger le maître à l'employer toujours, et celui-ci n'aura pas davantage le droit de contraindre le compagnon à ne travailler que pour lui.

" Que, pendant un laps de temps qui excède toute prescription, on ait fait moudre au même moulin, et cuire au même four, on n'a pas acquis de droit contre le meunier et le boulanger, pour les forcer à cette pratique, et on n'a pas perdu le droit d'aller moudre et cuire ailleurs.

" Quand je n'aurais jamais eu de bâtiment sur mon héritage, mes voisins ne pourraient pas m'empêcher d'en construire.

" L'eau qui naît à la surface de mon fonds, et celle qui est contenue

auxquels nous nous sommes livré à cet égard ; mais, dans ce que nous avons dit alors, nous n'avons envisagé que la question de savoir si les facultés naturelles peuvent se perdre par le non-usage trentenaire ; nous n'avons pas donné notre attention au caractère des faits possessoires qu'on appelle de pure faculté, et qu'on pourrait invoquer pour acquérir la prescription. C'est pour l'art. 2232 que nous réservions cette partie de notre analyse ; voici le moment de nous y livrer.

La possession de pure faculté est celle que nous exerçons, non pas en vertu d'un droit qui nous soit propre, mais en vertu d'une destination naturelle de la chose qui appartient à tous ou à plusieurs (1). Que pourrions-nous acquérir en nous livrant à ces actes (2) ? Le droit de nous servir de la chose comme faisant partie du corps communal ou national ? mais nous l'avons déjà, et les actes dont il s'agit n'en sont que la manifestation. Le droit d'autrui ? mais il est imprescriptible, et le non-usage n'en saurait faire perdre le principe. D'ailleurs, quand nous faisons ces actes, nous n'entendons pas agir comme propriétaires exclusifs (3), et nous substituer au corps moral qui en est le véritable maître.

Par exemple, je suis habitant d'une commune, et j'ai la faculté de prendre de l'eau aux fontaines publiques, de profiter des affouages, de conduire mes bestiaux aux pâturages

dans ses profondeurs, m'appartiennent comme le fonds. Je peux en user avec les mêmes conditions. Je peux retenir ma source ou changer son cours au préjudice du propriétaire inférieur, qui en a toujours reçu l'eau par le seul effet d'un écoulement naturel. Je peux creuser un puits chez moi, quoiqu'il puisse faire tarir celui de mon voisin, qui existe de temps immémorial."

(1) Dunod, p. 80.

(2) Dans le projet présenté par Portalis, on lisait, art. 14 : *Les actes facultatifs* (Fenet, t. XV, p. 550), puis, dans la rédaction définitive, on a substitué à ces mots ceux-ci : *Les actes de pure faculté* (Fenet, t. XV, p. 565). On ne voit pas le motif de ce changement.

(3) Bigot, *Exposé des motifs* (Fenet, t. XV, p. 581).

communs ; mais ce sont là des actes que je ne fais pas en vertu d'un droit qui me soit propre : je les puise purement et simplement dans l'incolat. Ils ne peuvent donc pas acquérir une possession individuelle ; ils laissent intact le droit de la commune, et ne le font pas passer dans le domaine privé (1).

382. Les auteurs n'ont pas toujours bien distingué les actes de pure faculté et les actes de familiarité ou de simple tolérance, dont parle notre article ; mais je crois que la nuance entre les unes et les autres est trop saillante pour être méconnue. Les actes de pure faculté impliquent l'idée d'un droit ; à la vérité, ce droit n'est pas individuel : c'est le droit de tous mis en pratique par un seul, et dans son unique intérêt ; mais il n'en est pas moins vrai que, quand l'individu l'exerce, il ne doit rien à personne : il agit pour lui-même, sans permission d'un maître qui pourrait le lui retirer.

Il n'en est pas ainsi des actes de tolérance et de familiarité ; ils supposent une permission tacite d'un propriétaire ayant un droit supérieur. L'amitié, la patience, les relations de

(1) Add. Vazeille ajoute, n. 59 : " Les choses qui sont communes et celles qui sont à l'usage du public, ne sont pas susceptibles, dans cet état, d'une possession privée ; et, conséquemment, elles ne peuvent subir la prescription. Personne n'a le droit d'en jouir à l'exclusion des autres : chacun a la faculté d'en user selon sa position et ses besoins, en se conformant aux règlements d'ordre et de police. Pour les uns, l'exercice de cette faculté est plus étendu ou plus répété ; pour ceux-là, il est plus resserré ou plus rare ; pour d'autres, il n'est rien. Mais celui qui use davantage n'a pas plus de droit que celui qui use moins, ni que celui qui n'use pas du tout. La possession est collective : les actes des individus la constituent et la conservent pour l'Etat, les communes ou les communautés ; mais ils ne font rien acquérir de personnel à aucun ; ils ne fondent pour les personnes, d'après les termes mêmes de l'art. 2232, ni possession, ni prescription.

" Dans une contestation relative à l'exercice du droit d'irrigation, concédé à perpétuité aux habitants d'une commune, la cour de Montpellier a fait l'application de ces principes, et son arrêt a reçu l'approbation très expresse de la cour régulatrice, le 16 mai 1826 (Dalloz, t. XXVI, p. 302)."

bon voisinage déterminent ordinairement le maître de la chose à souffrir l'exercice de ces faits, parce qu'ils ne lui portent pas un préjudice réel ; mais, s'il lui plaît de les faire cesser, il en a le droit. Sa patience peut s'épuiser, son amitié peut faire place à d'autres sentiments : il rentre alors, si cela lui plaît, dans la plénitude de sa jouissance, et ne permet pas que d'autres viennent y prendre part. Tout cela n'existe pas dans les actes de pure faculté ; ils sont aussi inaltérables que le domaine public ou communal dont ils émanent. Tant qu'on est membre de la nation ou de la communauté à qui ils appartiennent. L'individu qui fait partie de ces corps ne peut-être privé de la participation aux avantages qu'ils procurent (1).

383. Les actes de tolérance et de familiarité ont une

(1) Add. Boileux, page 663, dit pour remarquer la distinction : " Actes de pure faculté, actes qu'on est libre d'accomplir, mais aussi que l'on omet sans que leur omission puisse faire présumer une renonciation.

" Appliqués aux servitudes, que signifient ces mots, *actes de pure faculté*, distingués des actes de tolérance ? Les actes de faculté se réfèrent aux servitudes négatives, et ceux de simple tolérance aux servitudes affirmatives. Exemple : je me suis abstenu pendant cent ans de bâtir sur mon terrain ; si le voisin pouvait m'empêcher de construire, en alléguant qu'il a prescrit contre moi le droit de prospect, ce serait une servitude négative ; bâtir ou ne pas bâtir, sont pour le propriétaire du terrain des actes de pure faculté.

" Pendant cent ans j'ai laissé paître des bestiaux sur un terrain en friche ; si le maître des bestiaux pouvait prétendre qu'il a acquis sur ce terrain un droit de pâture, ce serait une servitude affirmative ; mais je lui opposerais avec succès que l'acte était de ma part une pure tolérance.

" Au surplus, la règle que les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription, ne reçoivent d'application qu'à l'égard de la prescription à l'effet d'acquérir ; la prescription à l'effet de se libérer est toujours fondée sur un acte de pure faculté de la part du créancier."

Op. conf. de Delvincourt, t. VI in-8, p. 139 : " Certainement, dit-il, rien n'est plus facultatif que les poursuites à exercer par lui contre son débiteur."

Garnier, *Act. poss.*, 1re partie, chap. III, art. 7, regarde les idées de Vazeille comme plus complètes et plus claires. Voy. ci-dessus, n. 381.

grande analogie avec le précaire ; ils sont de la même souche. Ils en diffèrent néanmoins en ce que, dans l'exactitude du langage, le précaire n'a lieu que par une concession expresse et contractuelle, tandis que les actes de tolérance ne comportent que l'idée d'une permission tacite, révocable (1). Du reste, la tolérance peut avoir plusieurs causes : tantôt c'est la familiarité et l'amitié, tantôt c'est un motif d'humanité qui empêche de se montrer trop rigide sur l'exercice de certains actes qui ne peuvent avoir grande conséquence. Je vais passer en revue plusieurs cas où l'on trouvera les caractères de tolérance en opposition avec ceux d'un droit véritable. Du reste, il n'est pas toujours facile de trouver dans la pratique la ligne de démarcation qui les sépare (2).

(1) Dunod, p. 5.

(2) Add. *Jurisprudence.*—Sont regardés comme de tolérance les faits de jouissance exercés sur les bords d'un canal artificiel, formant la propriété d'autrui. (12 février 1830. Paris. 30 janvier 1833. Toulouse. Dalloz, XXXIII, 2,112. 10 sept. 1832. Toulouse. Dalloz, XXXIII, 2,49.)

—La possession, même trentenaire, d'un fonds, ne suffisant pas pour faire acquérir la prescription, si cette possession n'a eu lieu qu'à titre de familiarité ou de bon voisinage, il s'ensuit que l'arrêt qui rejette la preuve de cette possession, en se fondant sur ce motif, ne contrevient à aucune loi. (13 déc. 1824. Civ. c. Toulouse, Rodière. Dalloz. XXV, 1, 38.)

—De ce qu'une partie qui a offert de prouver qu'elle a possédé exclusivement un terrain pendant le temps nécessaire pour prescrire, aurait ajouté que les faits de possession exercés sur ce terrain par des habitants, l'ont été par simple permission et tolérance de sa part, il n'est pas exact de conclure qu'elle a elle-même reconnu qu'elle n'avait pas une possession exclusive ; et on ne peut rejeter, sous ce seul prétexte, la preuve par elle offerte. (23 juin 1834. Civ. c. Bourges, Chambalnt. Dalloz, XXXIV, 1, 292.)

Une telle preuve ne pourrait non plus être refusée sous le prétexte qu'elle serait contraire à l'art. 1341 du code civil, prohibitif de la preuve testimoniale (même arrêt).

—L'existence d'un fossé ouvert par le propriétaire riverain sur le bief d'un moulin, ne constitue pas un simple acte de tolérance de la part du propriétaire du bief ; il constitue, au profit du possesseur du fossé, une servitude continue et apparente, susceptible de s'acquérir par prescription

384. Il y a des actes que l'on se permet par suite de relations de bon voisinage. Tels sont ceux qui ont pour but d'user d'une chose appartenant à autrui, en prenant la précaution de ne lui causer aucun préjudice, ou le moins de préjudice possible; on devra les ranger dans la classe des actes de tolérance (*infrà*, n° 494); l'humanité porte alors le propriétaire à les souffrir. *Quidni enim* (dit Cicéron dans son beau livre *des Devoirs*) *alteri communicentur, quæ sunt accipienti utilia, danti non molesta* (1)?

Supposons que j'aille pendant trente ans dans votre terrain ouvert où existe une source, et que j'y prenne de l'eau pour me rafraîchir. En ne vous opposant pas à ce fait, vous n'avez pas entendu vous lier pour toujours; car il n'en résultait pour vous aucun dommage, et moi, je ne me le suis permis que parce que je savais qu'il ne vous en causait pas. Mais tout d'un coup vous avez besoin de vous clore, parce que vous voulez transformer en jardin ce terrain vague et presque inutile: mes actes de puisage n'y feront pas obstacle; c'est sans idée de servitude ou de propriété que je m'y suis livré; ce n'est que par complaisance que vous les avez tolérés. C'est pourquoi Paul a dit ces paroles, dont l'application trouve ici sa place: *Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est ut possideat, licet corpore in fundo sit* (2).

384 2° (3).

(code civ., art. 2232). (13 juin 1827. Req. Poitiers. Chotard. Dalloz, XXVII, 1, 270.)

Pour d'autres applications du principe, voy. notre *Commentaire des commentaires sur les actions possessoires*.

(1) Voy. *suprà*, n. 144, ce passage cité plus au long, et n. 168, vers la fin, un exemple.

(2) L. 41, D. *de acq. poss.*; *suprà*, n. 168.

(3) *Dangers qui peuvent cependant résulter de la tolérance de simples actes de familiarité.*—Vazeille dit à ce sujet, n. 60 et 61: " Il n'est plus à craindre que de tels actes soient présentés sous un faux jour, pour faire acquérir des servitudes non apparentes ou discontinues, parce que le code

civil n'admet que les titres pour leur acquisition ; mais il n'est pas impossible qu'il se rencontre des circonstances propres à favoriser l'abus au point que l'on veuille en argumenter, pour faire croire à l'acquisition de la propriété même.

" On peut être fort longtemps sans faire d'actes de possession bien marqués dans un bois de haute futaie. Si l'on en est trop éloigné pour y envoyer paître ses bestiaux, en attendant la maturité du bois pour la coupe, on n'a que quelques actes isolés d'enlèvement de bois mort à faire. Si l'on néglige ces actes, ou s'ils sont trop fugitifs pour être bien remarqués, tandis qu'on souffre qu'un ami plus près du bois y exerce fréquemment le pacage et qu'il y ébranche quelquefois de bas arbres ; cet ami, après trente ans, ne pourrait-il pas, manquant à la confiance et trahissant l'amitié, transformer la familiarité ou la tolérance en possession et prétendre à la propriété ? Il croira peut-être avoir toutes les apparences pour lui ; il s'engagera dans une preuve, mais elle sera inutile si le propriétaire a un titre fortifié des moindres actes de possession, de quelques faits de garde, de quelques visites de maître dans le bois, pour juger de ses progrès, ou du payement de l'impôt, ou seulement, à défaut de titres, s'il a l'opinion des gens du pays sur sa propriété et sur sa tolérance, appuyée des actes que l'on vient d'indiquer, ou d'autres équivalents.

" La cour d'appel de Riom a rendu, dans ces principes, le 24 février 1805, un arrêt notable. En 1790, le sieur de l'Estrade, propriétaire de la terre de Lamarade, se plaignit d'avoir été troublé par les habitants de Connac, ses voisins, dans la possession d'un terrain appelé le *Petit-Etang*, qui formait un marais, et qu'il disait avoir été anciennement étang, pâtural et buge. Il obtint une sentence qui le maintint en possession ; mais elle fut attaquée et annulée comme rendue par un juge incompétent ; et la jouissance des habitants ne fut pas interrompue.

" En 1799, Boissières, acquéreur de Lamarade, dirige contre eux une action pétitoire devant le tribunal du Puy. Il produit des titres pour établir que le terrain litigieux était autrefois un étang, et qu'il avait toujours fait partie du domaine de Lamarade. La validité et l'application de ces titres sont également contestées par les habitants de Connac, et ils opposent en outre une jouissance paisible plus que trentenaire, au vu et su, et à l'exclusion du sieur de l'Estrade.

" Des experts sont chargés de voir les lieux, d'enlever le plan, et de faire l'application des titres produits. Leur rapport satisfait Boissières, qui en demande l'homologation. Les habitants le critiquent, et offrent la preuve de la jouissance qu'ils ont alléguée. Cette preuve est ordonnée, et des enquêtes respectivement faites amènent, le 21 juin 1803, un jugement qui, sans s'arrêter au rapport des experts, garde et maintient les

384 3º (1).

385. La vaine pâture exercée par les habitants d'une commune sur les terres non closes et dépouillées de récoltes, et à titre de démembrement de la propriété, est aussi un droit

habitants de Connac dans la propriété, possession et jouissance du terrain en question.

" Entres autres motifs, ce jugement considère que les enquêtes faites par les habitants de Connac, et par Boissières, s'accordent à établir que ces habitants ont toujours fait pacager leurs bestiaux dans le terrain contentieux, en ont coupé et emporté les herbages et les joncs, au vu et su du sieur de l'Estrade ou de ses auteurs, de leurs fermiers, et à l'exclusion de ces derniers ; que cette possession remonte à plus de trente et de quarante ans avant l'instance de 1790 ; qu'elle exclut tout soupçon de familiarité et de tolérance ; qu'elle est à titre de propriété, et, en quelque sorte, contradictoire avec les auteurs de de l'Estrade, puisque, suivant certains témoins, ils auraient voulu primitivement s'y opposer, et auraient parfois, intimidé ceux qui gardaient le bétail sur le terrain contentieux ; mais que les habitants ont persévéré à y conduire leurs bestiaux, et à couper et emporter les herbages et les joncs.

" Sur l'appel, ce jugement a été infirmé, sans égard aux enquêtes, le rapport d'experts a été homologué, et Boissières maintenu dans le droit et la possession du terrain contesté, par ces motifs :

" Attendu qu'il est établi, par le rapport des experts, par le plan visuel,
" et par les titres dont ces experts ont fait l'application, que le terrain
" contesté formait, dans l'origine, un étang qui dépendait des propriétés
" du seigneur de Lamarade, vendeur de Boissières...;

" Attendu que ce terrain a été déclaré par les experts, être identique-
" ment le même que celui qui est réclamé par Boissières, et qu'il s'étend
" jusqu'au tertre qui le sépare du ténement des habitants de Connac ;

" Attendu que le fait de vaine pâture et d'enlèvement d'herbages ou de
" joncs sur un terrain laissé inculte, n'est point attributif de la propriété,
" qui reste toujours sur la tête de celui qui laisse son héritage en jachère."

" Cette décision est dans le Recueil des arrêts de la cour de Riom de l'an XIII. Après en avoir rendu compte, l'arrêtiste ajoute, en note, que la même cour en avait porté une semblable, le 23 mai 1801, entre les habitants de Clémentelles, et les sieurs Charbonnier et Soalhat."

(1) *Faut-il attribuer à la tolérance le silence gardé par le propriétaire qui a laissé le voisin planter un arbre dans la distance où cette plantation est prohibée.*—Cette question est résolue par Proudhon, *Usufruit*, n. 2989 Voy. en outre, *suprà*, n. 342 et 346.

qui, de tout temps en France, d'après notre droit commun, a été regardé comme étant de simple tolérance ou familiarité (1). Pourquoi le propriétaire empêcherait-il en effet des actes de dépaissance qui ne lui portent aucun préjudice, tandis qu'ils peuvent être utiles au petit propriétaire de bestiaux manquant de pâturages ? Mais, s'il éprouve plus tard le besoin de se clore, sa longue tolérance n'y fera pas obstacle. En autorisant la vaine pâture, il n'a pas entendu se dessaisir, et ceux qui l'ont exercée n'ont pas entendu agir comme propriétaires ; car, d'une part, ils reconnaissent que le fonds ne leur appartient pas, et, de l'autre, ils n'usent de ce fonds que dans les temps où le maître n'a rien à souffrir, et avec une réserve qui ne porte pas atteinte à ses droits : c'est donc le droit d'un précaire tacite (2).

Presque toutes les coutumes avaient des dispositions conformes à ces principes. La vaine pâture n'était regardée par elles comme un droit qu'autant qu'elle était appuyée sur des titres (3) ; et, quant à celles qui semblaient en autoriser l'acquisition par possession immémoriale (4), les jurisconsultes les interprétaient en ce sens, qu'il fallait, avec l'exercice du pacage, quelques actes servant pour démontrer qu'on avait joui *pro suo* et *opinione domini*, comme si le seigneur avait fait quelque effort pour l'empêcher et qu'on eût continué à jouir. " Car, dit Coquille (5), la suite et continuation de " toute possession doit être rapportée au commencement de " la jouissance, pour faire dire que la jouissance est telle au

(1) Proudhon, n. 3658.

(2) Add. Op. conf. de Vazeille, n. 58.

(3) Bretagne, 393 ; Lorraine, tit. XIV, art. 23, 24 ; Epinal, tit. X, art. 25 et 26 ; Orléans, art. 155 ; Blois, 214 ; Romorantin, art. 11 ; La Ferté-Imbault, art. 6 ; la Ferté-Auray, art. 5. C'est aussi ce que jugeait le parlement de Paris, dans les coutumes muettes de son immense ressort (*Répertoire,* v° *Vaine pâture,* page 435).

(4) Nivernais, chap. X, art. 26 ; Troyes, art. 168 ; Chaumont, art. 102.

(5) Sur Nivernais, article précité.

“ centième an comme elle était au premier an, suivant ce “ qui est dit dans la loi *quùm nemo*, C. *de Acquir. possess.* (1).”

386. Il y avait cependant quelques provinces où la vaine pâture était érigée en servitude naturelle et proprement dite. Dans leur ressort, les propriétaires étaient obligés malgré eux de laisser leurs héritages ouverts aux bestiaux d'autrui, daus les temps marqués pour la vaine pâture (2). C'était une espèce de convention faite entre tous les propriétaires habitant la localité, de laisser leurs bestiaux pâturer sur les terres les uns des autres, quand elles étaient vides et dépouillées. On supposait qu'ils avaient associé leurs propriétés respectives pour favoriser la multiplication des bestiaux (3). Ici la vaine pâture devenait de pure faculté ; elle découlait d'un droit naturel et général ouvert à tout habitant de la localité : elle n'était pas tolérée, elle était forcée. Mais, à titre de droit facultatif, elle ne pouvait pas servir pour dépasser les limites d'un droit de dépaissance, et pour se convertir en une acquisition de la propriété ; elle reconnaissait un droit de propriété supérieur au sien.

387. La loi du 28 septembre-6 octobre 1791, appelée vulgairement code rural, a substitué à ces variations des législations locales de l'ancien régime, des dispositions uniformes. La vaine pâture, quoique exercée dans les temps les plus anciens, n'empêche pas un propriétaire de se clore ; mais elle est un obstacle à la clôture d'un héritage quand elle est fondée sur un titre (4). Du reste, elle continue d'avoir lieu dans les terres non closes et dépouillées (et sauf la faculté

(1) Voy. aussi Merlin, v° *Vaine pâture,* p. 430, et Dunod, page 81. Proudhon a exposé tout ceci, ainsi que plusieurs nuances du droit de vaine pâture, avec détail, n. 3658 et suiv.

(2) Montargis, chap. IV, art. 1, 2 et 3 ; Bourbonnais, art. 131 et 132 ; Poitou, art. 163, 195 et 196.

(3) *Répert., loc. cit.*, p. 432.

(4) *Répert.*, p. 441 (on y trouve les arrêts) ; *junge,* art. 647 et 648 du code civil, et Vazeille, p. 60 et 61.

de se clore ultérieurement), lorsqu'elle est autorisée par la loi ou par un usage local immémorial (1).

Voilà quel est aujourd'hui l'état de la législation sur la vaine pâture considérée comme servitude, comme restriction du droit de propriété reconnu en la personne d'autrui. Son caractère précaire est surtout éclatant lorsqu'elle s'exerce sur des terres dépouillées de récolte, en attendant que la charrue les livre de nouveau à la culture, ou que des produits utiles y viennent spontanément. Le propriétaire ne cesse jamais de posséder la chose, d'en tirer les principaux avantages et d'y faire annuellement tous les actes de maître. Il serait déraisonnable d'ériger en droit rival du sien le fait presque insignifiant de ceux qui viennent y chercher, après qu'elle a donné son émolument le plus considérable, quelques débris chétifs et délaissés de sa fécondité.

388. Mais peut-on en dire autant lorsque la vaine pâture est invoquée comme signe non plus d'une servitude, mais d'un droit de propriété sur des terres vaines et vagues, dont la destination est de rester sans culture et en landes et bruyères ? Ne peut-on pas dire, dans ce cas, que la vaine pâture est à peu près la seule manière de jouir de ces terrains *animo domini*, et qu'elle est l'indice d'une possession à titre de propriétaire ? Ne peut-on pas le soutenir, surtout alors qu'elle a été accompagnée d'autres actes qui la fortifient, comme de couper des joncs et des arbustres ?

Un arrêt de la cour de Riom du 24 février 1805 s'est prononcé pour la négative. Le sieur de l'Estrade, propriétaire de la terre de Lamarade, possédait un terrain qui formait un marais appelé le *Petit-Etang*. Depuis un temps immémorial, les habttants de la commune de Connac avaient fait pacager leurs bestiaux sur ce paquis ou pâtural, et en avaient coupé les herbages et les joncs au vu et au su du propriétaire, et à son exclusion. Néanmoins la cour pensa que le fait de vaine pâture et d'enlèvement d'herbages ou de joncs sur un

(1) Art. 3, tit. I, sect. IV.

terrain laissé inculte n'est pas attributif de la propriété, qui reste toujours sur la tête de celui qui laisse son héritage en jachère. La même cour avait déjà rendu un arrêt semblable à la date du 23 mai 1801 (1).

Ici reviennent ces raisons que nous donnions aux numéros précédents : une pareille possession n'est pas une charge pour le propriétaire ; elle est, au contraire, souvent pour lui un avantage, puisqu'elle procure des engrais au fonds, et le prépare ultérieurement à la possibilité d'être cultivé. Pourquoi le propriétaire se serait-il opposé à des actes qui ne nuisent pas ? On ne refuse jamais de souffrir des actes insignifiants pour le maître, utiles pour celui qui s'y livre ; un propriétaire humain ne fait pas le mal pour le seul plaisir de le faire (2).

On peut joindre à ces observations celles que nous avons faites ci-dessus, numéro 273. Dans le doute, il faut se prononcer pour le propriétaire. D'ailleurs, toute possession qui ne porte pas son véritable caractère écrit d'une manière éclatante dans les actes destinés à la manifester, est équivoque, et la possession équivoque ne sert pas pour prescrire (*suprà*, nº 359).

Néanmoins, la cour d'Amiens, ayant à juger une espèce semblable à celle dont la cour de Riom avait donné la solution par ses arrêts de 1801 et de 1805, a adopté un sentiment contraire : il lui a semblé que des faits de vaine pâture exercés sur des lais et relais de la mer, appartenant au domaine, et impropres à la culture, étaient attributifs de propriété (3).

(1) Vazeille, pages 65, 66 et 67 ; Dalloz, *Prescription*, page 250.

Add. *Jurisprudence*.—Jugé aussi que les bords d'un étang ouvert ont le caractère de vaine pâture et non celui de grasse pâture ; et par suite, ne peuvent être acquis par prescription au préjudice du propriétaire de l'étang. (28 mars 1831. Bordeaux, Comm. de Chartres, Dalloz, XXXIV, 2, 89.)

(2) *Répert.*, vº *Vaine pâture*, p. 430.

(3) *Suprà*, n. 273 (note), je cite cet arrêt.

Add. Dalloz, *Dict. général*, t. III, p. 655, n. 182, approuve cette décision.

389. Dans ces sortes de matières, où il s'agit d'apprécier les faits et l'intention, le jurisconsulte ne peut se prononcer qu'avec réserve ; je dirai cependant, tout en restant fidèle à mon principe que, dans le doute, c'est le propriétaire qui doit l'emporter, que je trouve fort sévère l'arrêt de la cour de Riom de 1805. Mes raisons sont que le propriétaire du paquis avait fait des actes de contradiction, qu'il s'était opposé à la conduite des bestiaux, qu'il avait cherché à intimider ceux qui les gardaient, et que néanmoins les habitants avaient persévéré à faire pacager le terrain contentieux, et à en emporter les herbages et les joncs (1). Certainement il était impossible de voir, d'une part, une simple tolérance, et, de l'autre, l'absence de prétention à un droit, dans une possession qui s'exerçait sous l'empire de telles circonstances.

Il faut considérer, en outre, que l'oubli d'une propriété, pendant un espace de temps très considérable, par son propriétaire, qui la livre à la possession des tiers, est un fait très grave en faveur de la prescription. Plus le terrain était de modique valeur et inutile à la culture, plus l'on peut facilement supposer que le maître n'a pas tenu à le conserver, et qu'il en a fait abandon.

Enfin, nous répéterons ce que nous disions en commentant l'art. 2229 (n° 342 et 494) : il y a des actes qui d'abord ne sont que de petite conséquence, et qui, dans les commencements, peuvent s'expliquer par la tolérance, mais qui, quand ils sont réitérés en grand nombre, et multipliés pendant une longue suite d'années, changent de caractère, et sont l'indice que celui qui les a exercés entendait user d'un droit (2). Ne peut-on pas appliquer cette observation aux espèces qui nous occupent ? Lorsque journellement, pendant trente ans et plus, les habitants d'une commune sont venus

(1) Voy. Dalloz et Vazeille, *suprà*, n. 384 2°.

(2) Dunod, p. 26, et Panormitanus,

couper les herbes d'un terrain vain et vague, y conduire leurs bestiaux pour les y faire pacager, et utiliser ce terrain exclusivement à leur profit, le sentiment de leur droit parle hautement, et l'on a droit de s'étonner de cette longue patience du propriétaire qui se tient seul à l'écart, qui s'obstine à ne pas posséder quand tout le monde possède à sa place ; qui ne veut pas apercevoir et contrecarrer le droit qui s'élève à côté du sien, avec la pensée d'être seul légitime. La patience ne dure pas si longtemps ; lorsque l'abus est flagrant, il faut qu'elle cesse : sans cela, ce n'est plus de la tolérance, c'est une véritable abdication. Que parle-t-on de bienfait, de souffrance, d'humanité ? il n'y a pas de don sans donataire, de libéralité sans une personne qui consente à accepter ; or, si le propriétaire croit encore, malgré tout ce qui aurait dû lui dessiller les yeux, qu'il accorde un bienfait, il est seul à le croire : la réciprocité n'existe pas, et l'on prend la chose à titre de droit, et non à titre de permission.

390. On objectera peut-être que, si la vaine pâture ne saurait, par le plus long temps, se constituer en état de servitude, il doit lui être bien plus difficile encore de conquérir la propriété même. Mais cet argument, quoique spécieux au premier coup d'œil, est peu de chose quand on veut l'examiner de près. Réclamer la vaine pâture à titre de servitude, c'est reconnaître un propriétaire ; et, comme la vaine pâture ne s'exerce que sur des produits délaissés et sans valeur, il y a une présomption naturelle d'après laquelle on suppose invinciblement que le propriétaire a été porté, par un sentiment d'humanité, à ne pas refuser ces produits inutiles pour lui. Pourquoi, en effet, s'y serait-il opposé ? Sa propriété n'est pas contestée, on la reconnaît, on ne s'attaque pas à elle ; on ne lui demande qu'une herbe rare et languissante, qu'il laisserait perdre à cause de son peu de valeur. *Quidni enim alteri communicentur, quæ sunt accipienti utilia, danti non molesta* ? La tolérance est ici manifeste de part et d'autre : du côté du maître, puisqu'il ne donne que ce qui n'a pour lui aucun prix ; du côté du possesseur, puisqu'il

déclare respecter la propriété, et ne vouloir en prendre que ce que le propriétaire ne veut pas. Or, c'est le cas d'appliquer cette maxime de la raison et de l'équité : *Actus ultrà intentionem agentium operari non debent*, et l'on doit décider que le droit de vaine pâture n'a été accordé et reçu que pour le cas où il plairait au propriétaire de laisser son terrain en friche ; mais qu'il est destiné à cesser lorsque, les circonstances changeant, le maître veut se clore et mettre son bien en culture. *Eo usus concessus usquè quo dominus utatur re suâ* (1).

Mais il n'en est pas de même lorsque c'est avec le sentiment du droit de propriété que le possesseur a joui d'un héritage qui n'est propre qu'à la vaine pâture ; il n'a pas entendu profiter d'un bienfait, puisqu'il ne reconnaît pas de maître ; il a joui d'une chose qu'il croyait à lui par les seuls actes possessoires compatibles avec la nature de cette chose. Vous, qui vous dites le maître de cet héritage, vous avez entretenu son erreur, vous l'avez laissé faire, vous ne vous êtes pas entremis à sa jouissance, vous n'avez rien fait qui l'avertisse de votre droit. Une possession paisible, exclusive, continue, à titre de propriétaire, ne doit-elle pas tout consommer et consolider ?

Cette vérité me paraît évidente, alors surtout qu'il y a des actes accessoires de jouissance qui fortifient la vaine pâture ; lorsqu'on a été dans l'usage de couper des broussailles, de récolter des herbes, d'abreuver les bestiaux, de tirer des pierres d'une carrière, d'émonder des arbres, etc., etc., dans tous ces cas, une très longue possession, soutenue par l'idée du droit, l'emporte sur des titres de propriété qui sont demeurés cachés et inertes, et qui se sont abdiqués eux-mêmes.

391. Dans les campagnes, les cultivateurs sont dans l'usage de passer sur le champ les uns des autres, pour faire tourner la charrue lorsqu'ils tracent leurs sillons ; si l'on attribuait de pareils actes à une autre cause qu'à la tolérance et au

(1) Voy. Merlin, *Répert.*, v. *Usage*, p. 339.

bon voisinage, on tomberait dans l'erreur la plus manifeste, et l'on rendrait impossibles ces procédés obligeants qui entretiennent la concorde ; ainsi donc, la plus longue possession du tour de charrue n'empêcherait pas le propriétaire de se clore à la limite que lui donnent ses titres. C'est ce qui a été jugé, d'après ce que nous apprend Dunod (p. 85), par le parlement de Besançon, au rapport de Coquelin père, pour les carmes de cette ville, contre un particulier de Saint-Juan.

Remarquez toutefois que, si la possession s'appuyait non pas sur l'usage où l'on a été de contourner l'un sur l'autre, mais sur de véritables actes de propriétaire, comme, par exemple, si l'on avait cultivé et ensemencé le terrain litigieux servant au tour de charrue, la possession serait utile pour prescrire, conformément à ce que nous avons dit ci-dessus (numéros 351 et suiv.).

392. La possession sans titres de servitudes discontinues et de servitudes non apparentes, que le code civil déclare imprescriptibles, n'est plus aujourd'hui que de simple tolérance. Ainsi, les actes de passage sur le fonds d'autrui (1), les actes de puisage (2) et autres de même nature ne fondent pas une véritable possession, une possession de nature à être défendue par les actions possessoires (3).

(1) Cass., 13 août 1810 (Sirey, X, 1, 333).

(2) Id., 23 nov. 1808 (Sirey, IX, 1, 35).

(3) Add. Duranton, n. 237, dit ici : " Aujourd'hui que les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, tels que les droits de passage, de puisage, de pacage, ne peuvent plus s'acquérir par la prescription, il s'élèvera bien moins de difficultés qu'il ne s'en élevait anciennement, dans les pays où ces sortes de servitudes s'acquéraient aussi de cette manière relativement à l'appréciation des caractères de la possession aguée du vice de tolérance ou de précaire ; car c'est en effet particulièrement au sujet de ces servitudes que la possession peut souvent avoir un caractère équivoque. On se déterminait jadis, dans cette appréciation, par le plus ou moins de gêne que l'exercice de la servitude avait pu causer à celui

393. Mais, si l'on en jouit après contradiction, alors commence un errement nouveau. On ne peut plus présumer la tolérance de la part du propriétaire qui a résisté, et une possession suffisante pour prescrire sort de ce choc (1).

394. C'est une grande question que de savoir si la possession d'un droit d'usage dans une forêt, qui ne s'appuie pas sur un titre, est de tolérance, ou si elle a tous les caractères requis pour prescrire.

Merlin soutient avec force que tous les droits d'usage quelconques sont autant de servitudes discontinues qui ne peuvent s'acquérir par la simple possession (2). Au contraire, Proudhon s'est livré à une discussion très développée pour combattre cette opinion (3). Suivant lui, la possession est utile pour prescrire : 1° le droit d'usage à la coupe d'un taillis pour chauffage ; 2° le droit de marronnage, pourvu toutefois qu'il soit exercé avec continuité ; 3° le droit au bois mort et mort-bois, lorsqu'il est exercé par une commune, et que la jouissance en est publique et continue ; 4° le droit d'usage aux échalas, possédé dans les mêmes circonstances ; 5° le droit d'usage à la coupe des bois destinés à chauffer les fours à chaux ; 6° le droit d'usage à l'extraction de la pierre ou du sable pour construire un édifice, à l'extraction de la marne ou de la tourbe, matières précieuses que le propriétaire n'abandonne pas facilement.

Mais il regarde comme imprescriptibles et de pure tolérance : 1° le droit d'usage au pacage ou à la dépaissance des bestiaux ; car l'art. 688 le range dans la classe des servitudes

contre lequel on prétendait l'avoir acquise par la prescription, et aussi par les rapports de parenté et d'amitié qui avaient existé entre les parties.

" Cette source de difficultés est aujourd'hui tarie pour tous les cas où il s'agirait d'une servitude discontinue apparente ou non apparente."

(1) Art. 2230, et *suprà*, n. 359 ; Proudhon, n. 3588.

(2) *Quest. de Droit*, v°. *Droit d'usage.*

(3) Tome VIII, 277 à 465.

discontinues, et l'art. 691 déclare les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, imprescriptibles ; 2° l'usage aux feuilles mortes. Ces deux droits ne blessent pas assez profondément le droit du propriétaire, pour qu'on ne puisse pas les expliquer par sa tolérance. Quant aux autres, énumérés ci-dessus, ils sont si graves, ils portent un préjudice si notable au propriétaire, qu'il serait absurde de les attribuer à la tolérance et à la familiarité, lorsque d'ailleurs la possession en est conforme à l'art. 2229 du code civil (1).

Cette question, examinée du point de vue du code civil, est plus importante pour la théorie que pour la pratique, ou du moins elle ne peut avoir quelque intérêt que pour savoir si la possession annale des droits dont il s'agit peut donner lieu à l'action possessoire ; car, du reste, avec la valeur que les forêts ont aujourd'hui acquise, avec le sentiment de jalousie qui préside à leur conservation, il n'est pas à craindre qu'on trouve en France des propriétaires assez peu soigneux pour supporter pendant trente années consécutives l'exercice de prises de bois qui sont, pour cette nature de propriété, un véritable fléau. Le temps de la constitution des droits d'usage et passé pour longtemps ; nous ne sommes plus dans ces moments d'enfance de la civilisation où ils ont été créés pour donner une valeur à des propriétés improductives et onéreuses. Nous assistons plutôt à une époque de réaction contre eux, et l'on ne se défend pas toujours avec assez d'impartialité de préventions injustes contre ces droits, qu'il serait aussi impolitique qu'inique d'arracher aux paisibles habitants de nos campagnes.

395. S'il fallait remonter à l'origine des usages, on les trouverait contemporains de l'établissement de la population rurale sur le territoire désert des campagnes des Gaules conquises par les francs. Ils ont pris naissance avec elle, ils se

(1) Carré a adopté cette opinion, sans y rien mettre de son propre fonds (*Compét.*, t. II, p. 316 et suiv.).

sont étendus et multipliés lors de son affranchissement (1). Perdus dans la nuit des temps, consentis à des époques où l'on n'écrivait pas, fondés sur des possessions immémoriales plutôt que sur des titres, il n'en est presque pas qu'on n'eût pu ébranler, lors de la rédaction des coutumes et des codes forestiers, si on leur eût demandé leurs titres primordiaux de concession, et si on eût fait abstraction des jouissances séculaires qui les attestaient. Alors cependant des intérêts nouveaux faisaient attacher plus de prix à la liberté des forêts ; des débouchés avaient été ouverts à la consommation des bois ; l'industrie avait commenceé à prendre un certain essor ; elle venait utiliser ces richesses forestières, jusque-là sans valeur pour les propriétaires ; enfin, une impulsion rivale des droits d'usage élevait ses premières plaintes contre leur extension. Toutefois on les respecta dans leur principe, sinon dans le mode de leur exercice, et l'on admit les usagers à justifier par la possession immémoriale, ou par une possession trentenaire accompagnée du payement des redevances, les droits si précieux pour le bien-être de la classe agricole, dont la féodalité les avait dotés (2). C'était là le droit commun, attesté par Loisel : " Nul ne peut avoir droit " d'usage ou pâturage en seigneurie ou haute justice d'au- " trui sans titre, ou sans payer redevance par temps suffi-

(1) Arrêt remarquable de la cour de Nancy, du 11 fév. 1833 (Journal des arrêts de cette cour, t. I, part. II, p. 63).

(2) Ordonn. de Lorraine de 1707 ; ordonn. française de 1376, art. 30 ; autres, de 1388, 1402 et 1515, sur quoi Saint-Yon dit : " D'autant qu'une grande partie des usages sont de si ancienne concession qu'il serait bien difficile qu'on eût pu perpétuellement conserver le premier titre originaire de son droit, on n'est point accoutumé de priver l'usager de l'usage, pourvu qu'il soit fondé en bonne possession et puissance d'iceluy." (Liv. I, tit. XXIX, art. 1, n. 2.) Voy. Confér. des ord., liv. II, tit. XIII, § 63 ; à quoi il faut joindre la loi du 28 ventôse an XI, article 1er, et celle du 14 ventôse, an XII ; Proudhon, t. VIII, p. 34 et suiv.

" sants pour acquérir prescription, ou qu'il y ait possession " immémoriale (1)."

Aujourd'hui les temps sont changés ; les droits d'usage sont devenus presque odieux ; le besoin de la conservation des forêts va même jusqu'à faire prendre en haine ceux qui s'appuient sur des titres sacrés et sur l'antiquité la plus reculée. On ne fait pas attention que, si on les enlevait à l'agriculture, on porterait la perturbation dans les campagnes, et qu'on réduirait au désespoir leurs paisibles et laborieux habitants.

Si la faveur s'est transformée en aversion, si les idées se sont complétement modifiées, en est-il de même des principes ? C'est ce que nous allons examiner.

396. L'article 636 du code civil place les droits d'usage dans les forêts dans une classe à part ; il déclare *qu'ils sont régis par des lois particulières*, d'où il suit que les principes ordinaires ne leur sont pas nécessairement applicables, et qu'il y aurait du danger à les leur imposer sans examiner avec scrupule si, par leur nature, ils n'y répugnent pas.

Toutefois, un seul article du code civil a suffi à Merlin pour rejeter les droits d'usage parmi les droits impossibles à établir par prescription : ce sont, dit-il, des servitudes discontinues ; or, les servitudes discontinues ne peuvent, d'après l'art. 691, s'acquérir par la simple possession.

Proudhon a cru pouvoir relever ici deux erreurs du savant auteur des *Questions de droit :* l'une, dans la qualification donnée aux droits d'usage ; l'autre, dans la prétention de les faire gouverner par l'art. 691 du code civil. Mais, sur le premier point, je me réunis à Merlin contre Proudhon. Nous verrons plus tard ce qu'il faut penser du second.

(1) Liv. II, tit. II, n. 23. Voy., en effet, Beaumanoir, chap. XXIV, p. 123 *in fine ;* Cout. de Chaumont, 102 ; Sens, 146 ; Meaux, 176 ; Châlons, 267 ; Nivernais, tit. XVII, art. 10 ; Lorraine, tit. XV, art. 24 et 27 ; Catelan, tit. I, p. 482. Mais Bourgogne (art. 120), Vitry (art. 199), Troyes (art. 168), rejetaient la possession immémoriale, mais admettaient la jouissance avec payement de redevance.

397. Est-il vrai que les droits d'usage ne sont pas des servitudes ?

Proudhon en fait des droits mixtes, tenant plus de la propriété foncière que de la servitude (n° 3613) ; il veut que, dans les mains de l'usager, le droit d'usage soit un immeuble civilement séparé du fond, et *remplissant pour l'usager* LES FONCTIONS D'UN VÉRITABLE HÉRITAGE, *puisqu'il fournit en fruits naturels le produit nécessaire à sa consommation* (1). D'ailleurs, par le cantonnement, il se transforme en droit de propriété (2). De là Proudhon conclut que le droit d'usage est susceptible d'une possession véritable (3), comme l'est l'usufruit (4)

Mais, d'abord, pour arriver à ce résultat, Proudhon n'avait pas besoin d'un si grand détour. Par lui-même, un droit de servitude n'est nullement incompatible avec une véritable possession, et je ne vois pas qu'il soit nécessaire de lui trouver des analogies si forcées, soit avec l'usufruit, soit avec la propriété, pour lui rendre applicables les art. 2228 et 2229 du code civil. Qui doute aujourd'hui qu'un droit de servitude est susceptible de possession ? Qui ne sait qu'on possède les droits incorporels aussi bien que les immeubles, dans la jurisprudence française de tous les temps (5) ? Ne voit-on pas intenter sans cesse des actions possessoires pour les servitudes que le code permet d'acquérir par la prescription, ou même pour celles qui, quoique imprescriptibles, sont cependant fondées sur des titres ? A quoi sert donc cette longue et pénible argumentation de Proudhon, pour faire du droit d'usage quelque chose qui est plus que la servitude, un peu moins que la propriété, et qu'on pourrait appeler du nom

(1) Page 294.

(2) Page 291.

(3) Page 294.

(4) Page 297.

(5) *Suprà*, n. 247, et art. 2228.

nouveau de quasi-usufruit ? Si l'on possède une servitude comme un usufruit, comme la propriété, Proudhon s'est donné une peine stérile et vaine ; car quel était son but ? D'établir qu'un droit d'usage est susceptible de possession. Eh bien ! qu'il soit servitude, qu'il soit usufruit ou quasi-usufruit, qu'il *remplisse les fonctions d'un héritage* (pour me servir des expressions de Proudhon), il n'importe : dans tous ces cas, sous toutes ces formes, on peut le posséder, et les art. 2228 et 2229 l'embrassent dans leur portée compréhensive.

Ensuite, comment Proudhon soutient-il sa thèse, que les droits d'usage dans les forêts ne sont pas des servitudes ? Aucune de ses raisons ne m'a paru convaincante ; toutes viennent se briser soit contre les autorités les plus graves, soit contre le plus léger examen.

398. Voyons d'abord les autorités. Proudhon est versé dans la connaissance des lois romaines, et il les cite souvent avec bonheur ; pourquoi donc a-t-il laissé échapper le texte suivant, si décisif et si précis ? Paul y énumère quelques servitudes qui ne sont autre chose que des droits d'usage, et il s'efforce de prouver qu'on ne doit pas les confondre avec l'usufruit, qu'il faut les considérer comme vraies servitudes ; car on ne peut les ranger dans aucune autre classe de droits. Ecoutons-le parler : *Item* LONGE RECEDIT AB USUFRUCTU, *jus calcis coquendæ et lapidis eximendi et arenæ fodiendæ... Item salvæ cæduæ ut pedimenta in vineas non desint. Quid ergo si prædiorum meliorem causam faciunt ?* NON EST DUBITANDUM QUIN SERVITUTIS SIT, *et hoc Mæcianus probat* (1). Voilà donc le droit aux échalas, le droit à l'extraction de la pierre ou du sable, placés expressément parmi les servitudes pures ; et cependant Proudhon les énumère dans la catégorie de ceux qui sont plus que des servitudes (2) !

(1) L. 6, § 1, D. *de servit, rustic. præd.*

(2) Pages 450 et 453, combinées avec les pages 290 et 291.

Nous avons ensuite le code civil, qui vient au secours de la loi romaine. L'article 688 donne au droit de pacage le nom de servitude discontinue. Ulpien avait déjà tenu le même langage (1). Et remarquez que le code civil n'est pas limitatif : il ajoute : *et autres semblables ;* ce qui donne un vaste champ à la classification, et permet d'assimiler au pacage (c'est-à-dire au droit de conduire dans le terrain d'autrui les bêtes aumailles et chevalines) (2), tous les autres droits de pâturage, tels que panage ou paisson des glands, vive et grasse pâture, etc.

Ainsi, voilà des droits d'usage très importants : le droit aux échalas, les droits de glandée, de grasse pâture et de pacage, le droit d'extraction de pierres d'une carrière, qualifiés servitudes par l'accord des lois romaines avec le code civil. Je ne vois pas pourquoi on porterait un autre jugement du droit de couper du bois pour le marronnage ou le chauffage : la similitude est parfaite.

399. Quelle est cependant la considération qui a frappé Proudhon (et ici j'aborde ses raisons principales) ? C'est que l'usager participant à la jouissance du fonds dont il emporte une partie des fruits, et ayant aussi droit de participer à la propriété par l'action en cantonnement, son droit n'a pas la nature d'une vraie servitude (3).

Mais Proudhon est dans l'erreur lorsqu'il croit que la perception des fruits ou l'émolument de la chose jette dans la nature du droit de servitude un élément qui lui enlève sa pureté. Nous venons de parler du droit d'extraire de la craie ou de la pierre d'une carrière, du droit de couper dans une forêt des échalas, du droit de panage : tous ces droits consistent dans l'enlèvement de produits précieux ; il y a parti-

(1) L. 1, § 1, D. *de servit. præd. rust.* : *In rusticis computanda sunt* JUS PASCENDI, *calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.*

(2) Proudhon, p. 466.

(3) Page 287 *in fine.*

cipation à la jouissance du fonds : et cependant, que disent Paul, Ulpien et le code civil ?

Il ne faut pas s'y tromper : une servitude, même discontinue, quelque minime qu'elle soit, est un démembrement de la propriété, formant un droit réel, et appartenant à la classe des droits immobiliers. A entendre cependant Proudhon, ces caractères devraient être réservés soit à l'usufruit, soit à ce droit mixte qu'il appelle droit d'usage, et qu'il veut n'être pas une pure servitude. Il est vrai que Proudhon n'enseigne pas expressément une doctrine si contraire aux vrais principes : elle n'est chez lui qu'implicite ; mais elle ressort forcément de l'enchaînement de ses idées ; elle se montre dans ses efforts continuels pour arracher le droit d'usage à la nature des servitudes, et pour lui imprimer la qualité de droit immobilier (1), d'immeuble civil (2), de démembrement de la propriété (3). Or, je le demande, quel serait le but de ces efforts, si Proudhon ne refusait pas à une pure servitude d'être tout cela ? — Mais quel est le jurisconsulte qui pourra souscrire à ces distinctions subversives de la nature des servitudes ? Qui peut douter qu'une servitude ne soit une portion du domaine de la chose placée dans des mains autres que celles du propriétaire ?

Je conviens, avec Proudhon, que le droit d'usage dans les forêts jouit d'un privilège que n'ont pas les autres servitudes : c'est de se convertir en propriété par le cantonnement. Mais le cantonnement n'est qu'une transformation du droit d'usage ; ce droit cesse alors d'exister ; il passe à une condition plus relevée ; le rôle et la position des parties sont intervertis, il y a novation fondamentale. Mais il n'est pas moins vrai qu'avant cette métamorphose, le droit d'usage n'était qu'une servitude ; qu'à l'état de droit exercé sur le

(1) Page 292.

(2) Page 293.

(3) Ibidem.

fonds d'autrui, il ne renferme ni plus ni moins d'éléments primordiaux et essentiels que la servitude (1).

400. Ceci convenu, arrivons à un point beaucoup plus sérieux. Doit-on appliquer aux droits d'usage, véritables servitudes discontinues, les dispositions de l'article 691 du code civil ?

Ici, je crois que Merlin et Proudhon ont également tort, par l'exagération à laquelle ils se laissent entraîner dans leurs systèmes contraires. Lorsque Merlin ne veut pas qu'on s'écarte de l'article 691, il applique à la question un texte qui n'est pas toujours celui de la matière, et je prouverai que cet article ne peut avoir qu'une autorité d'induction, quelquefois applicable, et souvent hors de propos. Quant à Proudhon, il tombe dans un excès opposé, en repoussant avec une résistance trop absolue l'art. 691 ; d'ailleurs, plusieurs de ses idées, en matière de possession des usages, nous paraissent inexactes et dangereuses : nous ne pourrons donc acquiescer à toutes les conséquences auxquelles le conduit sa théorie.

401. Occupons-nous de Merlin. Beaucoup d'anciennes coutumes ont traité des droits d'usage dans les bois ; ces droits, qui, dans une grande partie de la France, avaient appelé la population sur le sol des campagnes, et fait surgir au sein des déserts une féconde génération de cultivateurs laborieux, avaient été formulés dans les statuts locaux, avec soin et étendue. Eh bien ! toujours ils sont réglés dans des titres différents du titre des servitudes. Je me contenterai de citer la coutume de Nivernais, qui traite des usages, dans le tit. XVII, et des servitudes, au tit. VIII ; la coutume de Lorraine, qui s'occupe des premiers, au tit. XV, et des seconds, au tit. XIV ; la coutume de Troyes, la coutume d'Orléans, etc., etc. (2), où l'on trouve la même séparation ; et cepen-

(1) Un arrêt de cassation du 5 floréal an XII (*Palais*, tome IV, p. 468), l'a ainsi décidé.

(2) Troyes parle des usages au titre X, et des servitudes au titre IV. La cout. d'Orl. parle des usages au titre V, et des servitudes au tit. XIII.

dant les rédacteurs de ces coutumes ne mettaient pas en question que les droits d'usage ne fussent des servitudes ; car on lit dans l'article 9 du tit. XVII de la coutume de Nivernais : " La jouissance du dit droit de SERVITUDE OU USAGE, " par un temps immémorial, *etiam* sans titre ou payement " de redevances, *équipolle* à titre, et vaut en possessoire et pétitoire (1)."

Pourquoi donc cette différence ?

C'est que, par les conditions de leur exercice, de leur établissement et de leur surveillance, les droits d'usage sont différents des servitudes ordinaires. C'est qu'ils tiennent, dans la catégorie des servitudes, un rang spécial à cause de leur importance et de la nature des héritages sur lesquels ils s'alimentent ; c'est que, de même que nous trouvons des principes divers entre les servitudes continues et discontinues, apparentes et non apparentes, de même il fallait des règlements à part pour les usages qui, quoique servitudes discontinues, s'exercent à des conditions différentes des autres droits de servitudes, à la famille desquels ils appartiennent. C'est également par cette raison que le code civil a dit dans son article 636 : " L'usage des bois et forêts est " réglé par des lois particulières.

402. Aussi, voyez quel antagonisme dans les coutumes, entre l'établissement des usages par la possession, et l'établissement des servitudes par le même moyen d'acquérir.

Dans la coutume de Châlons, toutes les servitudes s'acquéraient par la prescription décennale ou vicennale avec titre, ou de trente ans sans titre (art. 144), et cependant le droit d'usage ne pouvait être acquis que par titre, ou payement de redevance par trente ans, ou par possession immémoriale (art. 267). La coutume de Meaux rejetait la prescription des servitudes, à moins qu'elle n'eût été précédée de contradiction (art. 75), et néanmoins la possession immémoriale y était admise pour les droits d'usage (art. 176). La

(1) *Junge* Bouhier, sur Bourgogne, chap. LXII, n. 27.

coutume de Nivernais (art. 27, ch. LXII), admettait la possession immémoriale pour les droits d'usage, quoiqu'elle ne l'admît pas pour les servitudes ordinaires (1). Au contraire, la coutume de Bourgogne ne voulait pas qu'on pût avoir *usage au bois et rivière banale d'autrui*, par quelque laps de temps qu'on en eût joui, sans en avoir titre, ou payer redevance, quoique d'ailleurs il fût certain, dans cette coutume, que les autres servitudes s'acquéraient par trente ans de possession : tant il est vrai qu'il n'est pas exact d'argumenter des servitudes ordinaires aux servitudes de droits d'usage dans les bois (2).

403. Le même danger existe aujourd'hui ; on va en voir la preuve manifeste.

L'imprescriptibilité des servitudes discontinues ordinaires est fondée sur la présomption de tolérance et de clandestinité dont sont viciés les actes possessoires par lesquels elles s'exercent (nº 392). Ces actes sont souvent occultes, ils ont lieu presque toujours à l'insu du propriétaire qui n'a pas les moyens de les surveiller ; d'ailleurs, ils ne portent pas, ordinairement du moins, une atteinte assez directe à la propriété, pour qu'on ne consente pas à les tolérer.

En est-il de même des servitudes usagères qui s'exercent sur les bois ?

On sait que ces servitudes ne peuvent se réaliser sans délivrance, même dans les bois des particuliers ; les articles 119 et 120 du code forestier en sont la preuve. Les droits de pâturage, parcours, panage et glandée ne sauraient être exercés que dans les parties de bois déclarées défensables par l'administration forestière, et les chemins par lesquels les bestiaux vont au pâturage doivent être désignés par le propriétaire (3). Aucun usager ne peut se servir lui-même,

(1) *Répert.*, vº *Servitude*, p. 567 et 568.

(2) Lalaure, liv. II, chap. VI ; Merlin, *Quest. de droit*, vº *Usage*, p. 602.

(3) Art. 119, code forest.

soit pour son bois de chauffage, soit pour son bois de marronnage, qu'autant que les arbres ont été marqués et les coupes délivrées par l'administration forestière, contradictoirement avec le propriétaire (1).

Or, supposons que l'usager offre de prouver que pendant trente ans le propriétaire a consenti à des délivrances annuelles et continues, soit d'une partie de taillis pour affouage, soit de futaies pour marronnage : une telle possession n'équivaudra-t-elle pas à une convention ? Osera-t-on parler de clandestinité ? Supposera-t-on qu'il y a tolérance et familiarité de la part du propriétaire qui aurait consenti à voir priver sa forêt des essences les plus précieuses et des taillis qui en font la richesse ? Tolère-t-on par complaisance ces enlèvements ruineux qui dévorent l'émolument du sol forestier ?

Les droits du pâturage exercés avec l'assentiment du maître, et dans les conditions requises par le code forestier, ne pourraient pas être attribués davantage à la familiarité. Soit qu'il s'agisse de grasse pâture ou de panage, soit qu'il s'agisse de vaines pâtures, les forêts ont trop à souffrir de ces droits dévastateurs, pour que la tolérance les fasse supporter.

Nous disons donc que, dans ces hypothèses, l'article 691 du code civil est absolument inapplicable, et qu'il ne s'oppose pas à la prescription trentenaire. Il y a ici des circonstances analogues au payement des redevances exigé par les coutumes ; il y a ce qui fait *éviter la clandestinité et remarquer la vraie science* (2).

A la vérité, s'il s'agissait d'une servitude discontinue ordinaire, rien ne remplacerait le titre ; on ne pourrait pas s'appuyer sur ce que le propriétaire aurait connu l'exercice du droit de passage ; qu'il l'aurait même toléré, par exemple,

(1) Art. 79 et 120, id.

(2) Voy. Coquille, sur Nivernais, art. 10, tit. XVII.

en prêtant une clef de la porte par laquelle il a eu lieu : cette connaissance, cet acquiescement, ne serait pas exclusifs de la familiarité. Il en serait de même d'un droit de pâturage exercé partout ailleurs que dans un bois, et l'on ne saurait ébranler par aucune considération les articles 688 et 691 du code civil, lesquels se refusent à toute limitation arbitraire.

Mais quand le droit d'usage prend son assiette dans une forêt, un autre horizon s'ouvre, et il faut se reporter à l'article 636, qui déclare que *l'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières*. Les articles 688 et 691 fléchissent donc ; l'importance de la gravité des usages forestiers en rendraient l'application absurde (1).

D'ailleurs, quand nous proposons de s'éloigner des articles 688 et 691, nous ne faisons que demander, pour les droits d'usage dans les forêts, le droit commun, qui proclame la prescriptibilité de tous les droits. C'est une exception à l'exception que nous revendiquons pour eux ; l'article 636 nous y autorise, et les anomalies qu'il reconnaît dans leur nature ont cela de singulier qu'elles ramènent aux règles générales.

Nous venons d'expliquer les points sur lesquels nous sommes en dissentiment avec Merlin.

404. Faisons connaître maintenant ce que nous avons à reprocher au système de Proudhon.

Cet auteur ne se contente pas de rejeter l'article 691 du code civil, pour le cas où le droit d'usage s'est exercé au moyen de faits de délivrance qui font induire la reconnaissance du droit de la part du propriétaire ; il veut encore qu'on se prononce pour la prescription, alors même qu'il

(1) Aussi la cour de cassation a-t-elle décidé que, sous l'empire de la coutume de Bourges, qui avait une disposition conforme au code civil, sur l'imprescriptibilité des servitudes, on avait pu acquérir un droit d'usage par la possession (*Répertoire*, v° *Usage*, sect. I, n. 6). On peut y joindre un arrêt de la cour de cassation, du 19 août 1829 (Dalloz, XXIX, 1, 341) ; mais il y a de faux principes énoncés dans ses considérants.

n'y a pas de délivrance (1), pourvu que la somme des émoluments soit assez considérable pour rendre l'idée de précaire inadmissible. Mais il y a une réponse aussi simple que tranchante à cette exagération ; c'est que la prise de bois dans une forêt, sans délivrance, et l'envoi des bestiaux au pâturage sans les précautions contradictoires voulues par la loi, sont des délits. Le code forestier est formel à cet égard ; nous avons cité ci-dessus ses dispositions positives (2). Or, comme le dit Coquille en parlant précisément de cette matière (3) : " COUPER, PRENDRE DU BOIS, c'est délit dont procède l'action du droit romain *arborum furtim cæsarum*, et " ne serait pas raison que telle possession crimineuse produisist action et attribuast aucun droit, selon la reigle du " droit canonique, qui dit que les péchez sont plus griefs ès " quels on a plus longtemps continué " (*Cap. Quant. extravag., de Consuetud.*) (4).

Il est vrai que Proudhon qui a écrit avant la promulgation du code forestier soutient que jamais les usagers dans les forêts privées n'ont été légalement astreints à prendre délivrance ; d'où il suit que, dans son système, le code forestier aurait introduit une innovation.

Mais à cette assertion plusieurs réponses se présentent.

1° Un décret du 17 nivôse an XIII avait statué que le pâturage dans les bois des particuliers ne pourrait être exercé que dans les cantons déclarés défensables par les agents forestiers. Toute jouissance contraire à cette disposition n'a donc été qu'un délit punissable, une voie de fait qui ne peut se transformer en possession légitime.

2° Plusieurs coutumes voulaient que les usagers ne pussent

(1) Pages 318 et 320.

(2) N. 403.

(3) Sur Nivernais, tit. XVII, art. 10.

(4) Merlin, *Questions de droit*, § 9, développe aussi cette idée.

se servir de leurs propres mains ; telles sont celles de Lorraine (art. 17, tit. XV), de Nivernais (tit. XVII, art. 13) et de Sédan (tit. XV, art. 306). La coutume de Lorraine porte : " Usagers ayant droit de prendre *bois de marronnage* pour " leurs bâtiments ou *pour leurs affouages ou fournages*, doi- " vent user de ce droit en bon père de famille, *et le prendre* " *par assigaat*, *selon le règlement* qui leur en sera donné par " le seigneur haut justicier entre ses sujets, ou le seigneur " foncier entre ceux qui tiennent droit en usage de lui par " assentiment.

" Art. 18. Il fera le règlement tel, que l'usager usera de " bois mort ou mort-bois, avant tous autres.

" Art. 20. Et se doit régler tellement que l'usager ne le " prenne indistinctement partout, ains par lisière, *qui se* " *marqueront*...

" Art. 21. Lequel règlement s'observera semblablement à " *usage des bois taillis.*

" Art. 22. Il y a aussi règlement au bois de marronnage, " savoir, que celui qui a droit d'en prendre pour bâtir n'en " pourra couper et abattre qu'il ne lui soit marqué et " assigné."

Nous lisons dans la coutume de Nivernais : " Usagiers " ayant droit de prendre bois à bastir, ne le peuvent prendre " sans soi adresser au seigneur foncier, son forestier ou " commis, pour venir marquer et délivrer au lieu moins " dommageable dudit bois usager... et si lesdits usagiers " prennent bois à bastir autrement, ils sont amendables en- " vers le seigneur foncier."

Sur quoi Coquille a écrit ces observations : " Ce règlement " de prendre marque ne peut être prescrit, et quelquefois, " tenant les assises du bailliage de Thianges, *j'ai déclaré non* " *recevables les possessions des usagiers*, par lesquelles ils " disaient avoir joui par temps immémorial sans marque ; " car telle possession emporterait droit de propriété en bois " de haute futaie, et la qualité d'usagier qu'ils avaient et

" confessaient résistait à telle possession et prescription ; car " la première cause et commencement de la possession qui " était en qualité d'usagier reiglait toute la suite de leur " jouissance."

Il est vrai que la coutume de Nivernais ne parle que du marronnage ; mais Coquille nous apprend ce qui suit : " On allègue un arrêt notable pour le règlement des usagiers " qui ont ample et plein usage, par lequel ils doivent " prendre le bois de marque et montrée, couper et enlever " à tire-haire, clore le bois coupé, et laisser en chacun ar- " pent huit baliveaux. Ce fut entre le seigneur et les habi- " tants de Saint-Mars, du 1er février 1535, au rapport de " M. Berruyer, conseiller (1).

Imbert (2) enseigne que les arrêts du parlement et de la Table de marbre de Paris défendaient, dans leur immense ressort, à ceux qui avaient droit d'usage dans les forêts, soit pour chauffage, soit pour construction, de prendre le bois qui leur était nécessaire, sans marque et assignat et sans le concours du forestier.

Et c'est ce que confirment Filleau (3), Saint-Yon (4), avec la plus grande précision, en se prévalant de plusieurs arrêts du seizième siècle (5).

Une semblable jurisprudence existait en Bourgogne (6) et en Champagne (7). Laissons parler Legrand :

" Il y a plusieurs arrêts qui ont défendu aux usagers des

(1) Sur l'art. 12, tit. XVII.

(2) *Enchiridium juris Galliæ*, v° *Usus rei.*

(3) *Recueil général des édits*, part. II, tit. VIII, chap. III.

(4) *Recueil de règlements des eaux et forêts*, liv. III, tit. XXIII, art. 51.

(5) Ces arrêts sont des 23 mars 1561, 14 et 19 février 1542, 1549, 1551, 1552.

(6) Bouvot, v° *Usage*, t. II, quest. 2, p. 1196 ; Bouhier, chap. LXII, arrêt du 11 août 1610.

(7) Legrand, sur l'art. 168, glose 2, n. 24.

" forêts de couper bois et arbres qu'auparavant ils n'eussent " sommé les gardes d'icelles de leur montrer un certain lieu " à eux commode pour y couper le bois... en sorte que, " quand bien même aucuns des usagers auraient autremeut " usé par un temps immémorial, ils ne pourraient avoir " acquis aucune prescription de cette mauvaise jouissance. " Ce qui est suivi par Carondas, sur le code Henri, liv. XVI, " tit. XVIII, *Des eaux et forêts*, art. 1 ; Chopin, lib. III, *de* " *dom. coron.*, cap. XVII ; Coquille, Papon, Saint-Yon, Chenu " en ses règlements, t. XIX, chap. CIX et suiv. (1)."

Plus tard fut promulguée la fameuse ordonnance de 1669. Elle exige que les usagers dans les forêts de l'Etat se fassent délivrer les cantons de bois où ils pourront introduire leurs bestiaux et leurs porcs, sous peine de confiscation (2), et cette disposition est de plein droit applicable aux forêts privées, d'après l'article 5 du tit. XXVI, et l'article 28 du tit. XXXII (3). Partout l'ordonnance suppose la nécessité de la délivrance (4), même pour le bois mort et le mort-bois (5). C'est d'ailleurs ce qui avait été prescrit par l'ordonnance de François 1er de janvier 1529, et l'édit de Henri III du mois de janvier 1583 (6) ; et l'on sait qu'il était dans l'esprit et dans le texte de l'ordonnance de 1669 d'étendre aux bois particuliers tous les règlements relatifs aux forêts royales. Aussi a-t-on vu, depuis, une foule d'arrêts de règlement qui ont imposé aux usagers l'obligation de prendre délivrance conformément à cette ordonnance de 1669, qu'ils citent comme l'autorité vivante sur la matière (7). La cour de cas-

(1) *Loc. cit.*

(2) Art. 1 et 3, tit. XIX.

(3) Merlin, *Quest. de droit*, v° *Usage*, p. 608 ; *Répertoire*, même mot.

(4) Art. 5 et 7, tit. XX.

(5) Art. 23, tit V ; art. 33, tit. XXVII.

(6) *Répert.* et *Quest. de droit, loc. cit.*

(7) Voyez-les au *Répert.* et aux *Quest. de droit, loc. cit.*

sation a jugé, par un arrêt soigneusement motivé du 24 août 1820 (1), que l'usager est punissable et mendable lorsqu'il se permet de se servir par ses mains, sans avoir demandé délivrance au propriétaire.

Il suit de là que le code forestier n'a fait que formuler plus énergiquement des règles existantes longtemps avant lui, et Proudhon est peut-être le seul qui ait songé à les contester (2).

405. Mais supposons pour un moment, contre la doctrine des auteurs, les dispositions des coutumes et les ordonnances de nos rois, que l'usager reconnu pour tel qui aurait coupé sans délivrance eût pu, avant le code forestier, échapper aux poursuites correctionnelles dirigées contre lui, en disant : *Feci*, *sed jure feci :* qu'importe, après tout, ce point de droit ? Je conçois jusqu'à un certain point qu'on se laisse désarmer par suite de la faveur que mérite celui qui, investi d'un droit sacré et non contesté, le dépasse dans la manière de l'exercer. Mais, pensons-y bien, dans la question qui nous occupe, le droit d'usage est nié ; il ne repose pas sur des titres : on invoque seulement la possession comme signe du droit ; on se prévaut de la coupe du taillis et des futaies, ou autres actes de jouissance, pour passer du connu à l'inconnu, pour arriver du fait au droit. Or, si le fait n'est qu'un délit répété pendant trente ans, pourra-t-il servir de fondement à quelque chose de légitime ? Non, sans doute. Eh bien, couper dans un bois sans permission, y introduire des bestiaux sans délivrance, est un méfait que la loi réprime sévèrement ; c'est un délit punissable quand il est isolé : combien n'est-il pas plus condamnable encore par son obstination et sa longue récidive ? Or, c'est là la possession dont Proudhon voudrait faire sortir un droit de propriété !

406. Proudhon n'a fait qu'une seule objection qui me paraisse spécieuse : la voici.

(1) Dalloz, vº *Forêts*, p. 766.

(2) Voy. sa longue dissertation, t. VIII, p. 74 à 257.

Tous les auteurs ont écrit que le droit d'usage devient prescriptible par trente ans *a die contradictionis*, c'est-à-dire du jour où l'usager a continué à couper nonobstant la défense qui lui en aurait été signifiée par le propriétaire de la forêt. Or, il n'y a rien de plus exclusif de la délivrance préalable que l'opposition ou la contradiction du propriétaire : donc il est constant, en fait, que la délivrance n'est pas une condition nécessaire de la légitimité de la possession (1).

Mais, en y réfléchissant, cette objection se réfute avec facilité.

Lorsque le propriétaire contredisait ou *refusait* la délivrance, l'usager le sommait en justice ou pardevant notaire, et, huit jours après, il pouvait *user de son usage franchement et sans péril d'amende :* telles étaient les dispositions de la coutume de Nivernais (2), et elles formaient le droit commun (3). Pocquet dit expressément (4) : " Les coutumes éta-" blissent que l'usager ne peut prendre bois sans s'adresser " au seigneur foncier, qui, selon différentes coutumes, a un " terme plus ou moins long pour accorder, *après lequel* " *l'usager a été autorisé, par plusieurs décisions, à user de son* " *droit.*"

Eh bien, si, dans le cas d'une telle contradiction, les usagers continuent pendant trente ans à se servir par eux-mêmes et à jouir après les réquisitions voulues par les règlements, ils acquerront la prescription. Telle est évidemment l'espèce prévue par les auteurs, et la seule où leurs principes sur la contradiction puisse se réaliser. Au surplus, si leur doctrine avait plus de portée, il faudrait n'en tenir aucun compte : ce serait de leur part un oubli ou une méprise.

(1) Tit. VIII, p. 103.

(2) Tit. XVII, art. 14.

(3) Imbert, *loc. suprà cit. ;* Legrand, *ibid. ;* Denizart, v° *Usage.*

(4) *Lois forestières*, t. I, p. 533.

407. Il est deux autres points secondaires sur lesquels je crois devoir me séparer encore de Proudhon.

1° Cet auteur, entraîné par la lettre de l'article 688 du code civil, combiné avec l'article 691, ne croit pas que le droit de pacage dans les forêts puisse s'acquérir par la prescription ; mais l'article 636 revient ici pour démontrer que ces deux dispositions ne doivent s'entendre que des droits de pacage qui s'exercent hors des forêts.

Pour expliquer la contradiction que cette exception place dans sa doctrine, Proudhon dit : " L'exercice du pacage " dans les bois déclarés défensables, se tolère, parce qu'il ne " porte que sur quelques herbes, dont l'enlèvement est com- " pensé par l'engrais que les bestiaux laissent sur le fonds, " en sorte que le propriétaire n'aurait pas d'intérêt réel à " l'empêcher, *si les animaux introduits dans la forêt étaient* " *toujours bien gardés, si cette introduction ne devait jamais* " *être l'occasion de débats d'un autre genre.* Il n'en est pas de " même de l'usage à la coupe du bois, parce que les objets " sur lesquels il porte sont toujours par eux-mêmes d'une " valeur importante (1)."

Mais, comment Proudhon peut-il supposer qu'il y a un seul propriétaire qui, aujourd'hui, avec le soin jaloux qui préside à la conservation des forêts, consente par tolérance à livrer les parties défensables de son bois à la pâture des bestiaux ? Qui ne sait que ces sortes de droits sont de tous les fléaux les plus redoutables pour la conservation des essences forestières, sans cesse menacées par la dent meurtrière des animaux et par les délits de tous genres qui accompagnent leur exercice ?

2° Proudhon croit que le droit d'usage à l'extraction de la pierre ou du sable pour la construction d'un édifice, est prescriptible par trente ans (2). Mais ici ne se retrouve plus l'article 636, dont la disposition a été le point de départ de

(1) Tome VIII, p. 458.

(2) Page 454.

notre argumentation : nous nous retrouvons en présence des articles 688 et 691, qui ne sont susceptibles d'aucune limitation, et l'on ne peut considérer l'opinion de Proudhon que comme l'effet d'une interprétation indocile aux prescriptions de la loi (1).

408. Au surplus, avant de terminer sur la matière de la prescriptibilité des droits d'usage, je dirai qu'il y a un de ces droits qui, à moins qu'il ne soit concédé à perpétuité par des titres exprès, me paraît par sa nature être essentiellement précaire : c'est le droit d'affectation, dont le but a été de procurer à des établissements industriels le moyen de surmonter les premières difficultés qui s'opposaient à leur création, mais non pas de leur servir de dotation irrévocable, lorsque surtout ils seraient en possession de leur plein développement (2). Il est donc difficile de trouver une pensée de perpétuité dans la permission donnée par un propriétaire de bois à une usine, d'alimenter son chauffage par une affectation. Par leur nature, les affectations n'ont été qu'un secours provisoire accordé à l'industrie, et il faut des preuves bien certaines pour les regarder comme irrévocables : c'est en quoi le droit d'affectation diffère des droits d'usage proprement dits (3).

409. Il y a une sorte d'occupation qui est imposée par la force majeure, et qui, sans pouvoir être positivement classée parmi les possessions de pure faculté ou de tolérance, est aussi impuissante que celles-ci pour l'acquisition de la prescription ; on peut citer pour exemple le cas où les eaux d'un étang viennent, dans les crues extraordinaires, se répandre

(1) Mais la propriété d'une carrière peut s'acquérir par prescription (Dalloz XXXII, 1,91), pourvu que la possession soit publique. Voyez, en effet, l'argument qu'on peut tirer du n. 390, *suprà*.

(2) Arrêt de Nancy du 11 février 1833 (Recueil des arrêts de cette cour, t. 1, part. II, p. 62).

(3) Telle est la jurisprudence de la cour de Nancy. Voy., d'ailleurs, l'arrêt précité, et le Recueil de Baudrillard, vº *Affectation*.

sur le terrain voisin, et le couvrir pendant un temps plus ou moins long. Cette extension des eaux de l'étang, cet envahissement opéré par elles, ne procurent aucune possession à leur propriétaire (1), c'est le maître du champ inondé qui reste vrai et unique possesseur (2).

De la force majeure à la force employée par l'homme il n'y a souvent qu'un pas. Ceci nous conduit donc à nous occuper de la possession violente et de ses effets ; c'est ce qui fera l'objet du commentaire de l'article suivant.

(1) Art. 558, code civil.

(2) Pardessus, *Servit.*, p. 493 ; arrêt de cassat. du 23 avril 1811 (Sirey, XI, 1,312). Voy. *suprà*, n. 345.

FIN DU DIX-HUITIÈME VOLUME.

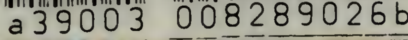
TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE DIX-HUITIÈME VOLUME.

CONTINUATION DU LIVRE TROISIÈME






a39003 008289026b

